

Der Rechtsschutz der Strafgefangenen nach den §§ 23 - 30 EGGVG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Manfred Kussmann
aus Münster (Westf.)

1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026

1875
1876
1877

Der Rechtsschutz der Strafgefangenen nach den §§ 23 - 30 EGGVG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster



vorgelegt von
Manfred Kussmann
aus Münster (Westf.)

1963

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Peters

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Stree

Dekan: Prof. Dr. Schelsky

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juni 1963

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung:

§ 1: Der Rechtsschutz bei Maßnahmen der Vollzugs- behörden im Vollzug der Freiheitsstrafen nach der bisherigen Rechtsprechung und Lehre (Überblick)	1
§ 2: Entstehungsgeschichte der §§ 23-30 EGGVG . . .	4
§ 3: Die Generalklausel des § 23 Abs. 1 EGGVG . . .	6

B. Hauptteil:

I. § 4: Die Antragsarten nach den §§ 23ff. EGGVG . . .	7
II. Zulässigkeitsvoraussetzungen des Anfechtungs- antrages	9
§ 5: Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 23 Abs. 1 EGGVG)	9
§ 6: Ordnungsmäßigkeit der Antragstellung (§ 26 Abs. 1 EGGVG)	10
§ 7: Vorliegen einer Maßnahme der Vollzugsbehörde .	11
§ 8: Subjektive Verfahrensvoraussetzungen	16
§ 9: Örtliche und sachliche Zuständigkeit (§ 25 Abs. 1 EGGVG)	17
§ 10: Zulässigkeit des Rechtsweges (§ 23 Abs. 3 EGGVG)	19
§ 11: Rechtsschutzinteresse	20
§ 12: <u>Geltendmachung</u> , in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 24 Abs. 1 EGGVG)	21
§ 13: " <u>in seinen Rechten</u> "	22
§ 14: <u>Rechtsverletzung</u>	32
§ 15: Vorausgegangenes förmliches Beschwerdeverfah- ren (§ 24 Abs. 2 EGGVG)	33
§ 16: Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor Ab- schluß des Beschwerdeverfahrens	35
§ 17: Antrag auf gerichtliche Entscheidung und auf- schiebende Wirkung	37
§ 18: Antragsfrist (§ 26 Abs. 1 EGGVG)	41

§ 19:	Fehlende Rechtsmittelbelehrung und Antragsfrist	43
§ 20:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 26 Abs. 2 - 4 EGGVG)	47
III. § 21:	Besonderheiten des Verpflichtungsantrags	55
§ 22:	Einstweilige Anordnung	57
IV. § 23:	Die besonderen Antragsarten des § 28 Abs. 1 S. 2-4 EGGVG und deren Verhältnis zueinander	61
V. § 24:	Gegenstand des Antrags auf gerichtliche Entscheidung	64
VI. § 25:	Begründetheit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung	67
§ 26:	Verstoß gegen Zurechnungsnormen	67
§ 27:	Verstoß gegen Verfahrensnormen	68
§ 28:	Verstoß gegen Formvorschriften	69
§ 29:	Verstoß gegen materielle Normen	69
§ 30:	Objektive Begründetheit bei Ermessensfehlern und fehlerhafter Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe	72
§ 31:	Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts	76
§ 32:	Gerichtliche Entscheidungen im Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG zur Frage der Rechtswidrigkeit von Maßnahmen im Strafvollzug	76
VII. § 33:	Grundsätze des Verfahrens vor dem Strafsenat	97
§ 34:	Untersuchungsgrundsatz	97
§ 35:	Verfügungsgrundsatz	99
§ 36:	Schriftlichkeit des Verfahrens	100
§ 37:	Grundsatz des rechtlichen Gehörs	101
§ 38:	Grundsatz der freien Beweiswürdigung	103
§ 39:	Endgültigkeit der Entscheidung des Strafsenats (§ 29 Abs. 1 S. 1 EGGVG)	103
VIII. § 40:	Entscheidung des Strafsenats (§ 28 EGGVG)	105
§ 41:	Entscheidung über den Anfechtungsantrag	105
§ 42:	Entscheidung über den Verpflichtungsantrag	108
§ 42:	Entscheidung bei dem Ausspruch, daß und wie eine bereits vollzogene Maßnahme rückgängig zu machen ist	109

	§ 43: Vorlegungspflicht (§ 29 Abs.1 S. 2 EGGVG) . .	110
IX.	Kosten und Armenrecht	
	§ 44: Kostenentscheidung (§ 30 Abs. 1 u. 2 EGGVG)	112
	§ 45: Geschäftswertfestsetzung (§ 30 Abs. 3 EGGVG)	115
	§ 46: Armenrecht (§ 29 Abs. 3 EGGVG)	115
C.	§ 47: Schlußbemerkungen	116

Literaturverzeichnis

Kommentare:

- BAUMBACH-LAUTERBACH Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen
München-Berlin (Beck) 26. Aufl. 1961
- EYERMANN-FRÖHLER Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen, Württemberg-Baden
München-Berlin (Beck) 1950
- EYERMANN-FRÖHLER Verwaltungsgerichtsordnung München-Berlin (Beck) 3. Aufl. 1962
- HAMANN, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Neuwied-Berlin (Luchterhand) 2. Aufl. 1961
- KLEINKNECHT-MÜLLER Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Darmstadt-Nürnberg-Düsseldorf-Berlin (Stoytscheff) 4. Aufl. 1958
- KLINGER, Hans Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
Göttingen (Schwarz & Co.) 3. Aufl. 1954
- - - Verwaltungsgerichtsordnung
Göttingen (Schwarz & Co.) 1960
- KOEHLER, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung
Berlin-Frankfurt/Main (Vahlen) 1960
- LAUTERBACH, Wolfgang Kostengesetze München-Berlin (Beck) 14. Aufl. 1960
- LÖWE-ROSENBERG Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen
1. Bd: Strafprozeßordnung Berlin (de Gruyter & Co.) 20. Aufl. 1958
- v. MANGOLDT-KLEIN Das Bonner Grundgesetz
Berlin-Frankfurt/Main (Vahlen) 2. Aufl. Bd. I 1957
- MAUNZ-DÜRIG Grundgesetz
Lieferung 1-5
München-Berlin (Beck) 1961

- POHLMANN-HASEMANN Strafvollstreckungsordnung
Bielefeld (Giesecking) 3.Aufl.1959
- REDEKER-von OERTZEN Verwaltungsgerichtsordnung
Münster (Aschendorff) 1960
- SCHMIDT, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz
Teil II: Erläuterungen zur Straf-
prozeßordnung und zum Einführungs-
gesetz zur Strafprozeßordnung
Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht)
1957
Teil III: Erläuterungen zum Gerichts-
verfassungsgesetz und Einführungs-
gesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht)1960
- SCHUNCK-de CLERCK Verwaltungsgerichtsgesetz mit ergän-
zenden Bundesgesetzen und Ausführungs-
gesetzen der Länder
Siegburg (Reckinger & Co.) 1961
- SCHWARZ, Otto Strafprozeßordnung, Gerichtsverfas-
sungsrecht und Nebengesetze
München-Berlin (Beck)22. Aufl.1960
- ULE, Carl Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit in: M.v.
BRAUCHITSCH: Verwaltungsgesetze des
Bundes und der Länder, neu hrsg. v.
C.H. ULE Bd. I, 2. Halbband
Köln-Berlin (Heymann) 2.Aufl. 1962
- WERNICKE, Kurt G. Kommentar zum Bonner Grundgesetz
Stand nach 11.Ergänzungslieferung
Hamburg (Hansischer Gildeverlag)1950
- WIECZOREK, Bernhard Zivilprozeßordnung und Gerichtsver-
fassungsgesetz
Berlin (de Gruyter & Co.) 1960

Lehrbücher:

- BENDER, Bernd Allgemeines Verwaltungsrecht
Freiburg/Br. (Albert) 2. Aufl.1956
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1. Bd.: Allgemeiner Teil
München-Berlin (Beck) 8.Aufl.1961

- | | |
|--------------------------|---|
| HENKEL, Heinrich | Strafverfahrensrecht
Stuttgart-Köln (Kohlhammer) 1953 |
| JELLINEK, Walter | Verwaltungsrecht
Offenburg (Lehrmittelverlag) 3.Aufl.
1948, Nachtrag von 1950 |
| JERUSALEM, Franz W. | Grundriß des Verwaltungsrechts
Frankfurt/Main (Hirschgraben-Verlag)
1947 |
| KERN, Eduard | Strafverfahrensrecht
München-Berlin (Beck) 6.Aufl. 1960 |
| PETERS, Karl | Strafprozeß
Karlsruhe (Müller) 1952 |
| SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen | Öffentliches Recht
Karlsruhe (Müller) 1952 |
| WOLFF, Hans J. | Verwaltungsrecht I
München-Berlin (Beck) 4.Aufl. 1961 |
| ULE, Carl-Hermann | Verwaltungsprozeßrecht
München-Berlin (Beck) 2.Aufl. 1961 |
| VOGEL, Klaus | Der Verwaltungsrechtsfall
Berlin-Frankfurt/Main (Vahlen) 1960 |

Monographien und Dissertationen:

- | | |
|----------------|---|
| ANDRAE, Alfred | Der Deutsche Strafvollzug und seine
reichsgesetzliche Regelung in: Würz-
burger Abhandlungen zum deutschen
und ausländischen Prozeßrecht
Leipzig 1920 |
| BACHOF, Otto | Die verwaltungsgerichtliche Klage auf
Vornahme einer Amtshandlung
Tübingen (Mohr) 1951 |
| BASTA, Karl | Inwieweit deckt die Anstaltsgewalt
Eingriffe in die Rechte des Gefange-
nen
Diss., Frankfurt 1928 |

- DEPENBROCK, Johannes Erwachsenen-Strafvollzug
in: Schriften zur Rechtslehre und
Politik, Bd. 24
Bonn (Bouvier & Co.) 1960
- FREUDENTHAL, Berthold Die staatsrechtliche Stellung des
Strafgefangenen
Frankfurter Rektoratsrede Jena 1910
- JESCH, Dietrich Gesetz und Verwaltung
Tübingen (Mohr) 1961
- von KÖHLER, Ludwig Grundlehren des deutschen Verwal-
tungsrechts
Stuttgart-Berlin (Kohlhammer) 2. unver-
änderter Neudruck 1936
- KÜHN, Friedrich-Wilhelm Der Rechtsschutz des Strafgefangenen
Diss., Hamburg 1955
- MENGER, Christian-Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes
Tübingen (Mohr) 1954
- NAUMANN, Richard Die gesetzliche Abgrenzung der Kom-
petenz der Zivil- und Verwaltungs-
gerichtsbarkeit
Karlsruhe (Müller) 1953
- REIMER, Ullrich Rechtsstaatliche Garantien im Straf-
vollzug
Diss., Hamburg 1955
- Aufsätze:
- ALTENHAIN Der Rechtsschutz gegen Verwaltungs-
maßnahmen der Strafjustiz- und Voll-
zugsbehörden
in: JVerwBl. 1960 S. 193 ff.
- - - Die Rechtsprechung der Strafsenate
zum Rechtsschutz im Strafvollzug
in: JVerwBl. 1961/173 f.
- ARNDT, Adolf Das rechtliche Gehör
in: NJW 1959/6 ff.

- ASSCHENFELDT, Kuno Sind Justizverwaltungsentscheidungen in der britischen Zone durch Klage vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar?
in: MDR 1950/85 ff.
- BACHOF, Otto Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung
in: Festschrift für LAFORET:
Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. in Mainz,
Bd. 3: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit
München (Isar-Verlag) 1952
- - - Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht
in: Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. in Mainz, Bd. 6: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, 1955
München (Isar-Verlag)
- - - Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (E 1 - 3)
in: JZ 1957, S. 374 ff.
- BADER, Karl S. Probleme des Strafvollzuges
in: JZ 1951/6 ff.
- BETTERMANN, Karl August Das erfolglose Vorverfahren als Prozessvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes
in: DVBl. 1959/308 ff.
- BLAU, Günter Recht und Unrecht beim Straf- und Maßregelvollzug
in: GA 1959/141 ff.
- CZERMAK, Fritz Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsschutzes
in: NJW 1961/1905
- DANE, Rudolf Gerichtliche Entscheidungen über Maßnahmen im Strafvollzug
in: Z.f.Strafvollz. 1961/184
- DAUMANN, Hans Sind Verwaltungsanweisungen für den Richter schlechthin unverbindlich?
in: NJW 1958/2004 f.

- FREUDENTHAL, Berthold Die rechtliche Stellung des Strafgefangenen
in: Bumke: Deutsches Gefängniswesen, Berlin (Vahlen) 1928, S. 141 ff.
- - - Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts
in: ZStW Bd. 32/222 ff.
- - - Gefängnisrecht
in: ZStW Bd. 35/917 ff.
- - - Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat
in: ZStW Bd. 39/493 ff.
- - - Theorie und Praxis der Strafvollzugsreform
in: DStZ Bd. 1, S. 488 ff.
- - - Die Notwendigkeit eines Reichsstrafvollzugsgesetzes
in: DJZ 1926/409 ff.
- GRUNAU, Theodor Die Beteiligung des Richters an Entscheidungen im Vollzug nach ausländischem Recht
in: Materialien zur Strafrechtsreform, 8. Bd. 1. Teil: Reform des Strafvollzugsrechts 1959, Bonn, S. 475 ff.
- - - Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzuges
in: ZStW Bd. 70/501 ff.
- HAMANN, Andreas Die gerichtliche Nachprüfung von Anordnungen, Verfügungen und sonstigen Maßnahmen der Justiz- und Vollzugsbehörden
in: DVBl. 1959/7f.
- HAUEISEN, Das Verhältnis von Norm und Verwaltungsakt und seine Bedeutung für Klage und Urteil
in: DVBl. 1959/793
- - - Die freie Beweiswürdigung im sozialgerichtlichen Verfahren und ihre Grenzen
in: NJW 1959/1348 ff.

- - -
- Erst- und Zweitbescheide im Verwaltungsrecht
in: NJW 1959/2137 ff.
- JACOBI, Ludwig
- Die Rechtsstellung des Strafgefangenen
in: ZStW Bd. 50/376 ff.
- JESCH, Dietrich
- Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht
in: AöR Bd. 82/163 ff.
- KAISER, E.
- Die Bedeutung der §§ 23-30 EGGVG, insbesondere für Entscheidungen der Staatsanwaltschaft
in: NJW 1961/200 ff.
- KAMM, Reinhold
- Beschwerdeberechtigung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß
in: JuS 1961/146 ff.
- KAROW,
- Zum Verhältnis von § 80 Abs. 5 zu Abs. 4 VwGO
in: NJW 1960/2086 f.
- KLEIN, Friedrich
- Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes
in: VVdStRL Heft 8/67 ff.
- KNOLL, Ernst
- Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind. Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag
in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 85 ff.
1955, Tübingen (Mohr)
- KÖNIG, Hans-Günther
- Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren
in: DVBl. 1959/189 ff.
- KRÜGER, Herbert
- Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis
in: NJW 1953/1369 ff.
- - -
- Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung (Festschrift für SMEND) S. 211 ff.
in: Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 3; Rechtsprobleme in Staat und Kirche
Göttingen (Schwarz) 1952

- - - Das besondere Gewaltverhältnis
in: VVdStRL Heft 15/109 ff.
- KRÜGER, Hildegard Die Verfassungswidrigkeit der "lex
Schörner"
in: DVBl. 1955/758 ff. u. 791 ff.
- - - Die Grundrechte im besonderen Ge-
waltverhältnis
in: ZBR 1956/309 ff.
- - - Die Rechtsnatur der Allgemeinver-
bindlichkeitserklärung
in: RdA 1957/46 ff.
- LEISNER, Walter Die schutzwürdigen Rechte im beson-
deren Gewaltverhältnis
in: DVBl. 1960/617 ff.
- LÜKE, Gerhard Grundsätze des Verwaltungsprozesses
in: JuS 1961/41 ff.
- - - Die gerichtliche Nachprüfung von
Justizverwaltungsmaßnahmen
in: JuS 1961/205 ff.
- MENGER, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung
zum Verwaltungsrecht
in: VerwArch Bd. 50/271 ff.
- von MÜNCH, Ingo Die Grundrechte des Strafgefangenen
in: JZ 1958/73 ff.
- NAUMANN, Richard Die Verwaltungsgerichtsordnung
in: DÖV 1960/201 ff.
- REUSS, Das Ermessen
in: DVBl. 1953/585 ff.
- RÖHL, Hellmut Der Rechtsschutz des Gefangenen
in: JZ 1954/65 ff.
- - - Der Rechtsweg gegen Strafvollzugs-
maßnahmen
in: NJW 1960/413 ff.
- ROTHHAUS, Zur Bearbeitung der Gefangenenbe-
schwerde
in: Z.f.Strafvollz. 1961/201 ff.
- RUPP, Hans Heinrich Zur neuen Verwaltungsgerichtsord-
nung (gelöste und ungelöste
Probleme)
in: AöR Bd. 85/149 ff.

- RUSCHEWEYH, Herbert Gedanken zum Rechtsweg in Justizverwaltungsangelegenheiten
in: DVBl. 1958/686 ff.
- SCHÄFER, Hans Endlich eine bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung
in: JZ 1960/73 ff.
- SCHÄFER, Walter Die Klagearten nach der Verwaltungsgerichtsordnung
in: DVBl. 1960/837 ff.
- SIEVEKING, Friedrich B. Die neue Verwaltungsgerichtsordnung
in: MDR 1960/177 ff.
- STICH, Rudolf Einheitlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Justiz- und Vollzugsbehörden
in: DÖV 1960/368 ff.
- STRUCKMANN, Horst Briefzensur bei Untergebrachten
in: NJW 1962/621 f.
- THIEME, Werner Die besonderen Gewaltverhältnisse
in: DÖV 1956/521 ff.
- THIERFELDER, Hans Gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren
in: NJW 1961/1101 ff.
- TIETGEN, Walter Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte
in: NJW 1956/1129 ff.
- ULE, Carl Hermann Für eine einheitliche Verwaltungsgerichtsordnung
in: DV 1950/42 ff.
- - - Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel
in: Recht, Staat, Wirtschaft, III. Bd./260 ff.
Düsseldorf (Schwann) 1951
- - - Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht
in: Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 309 ff.
Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz, Bd. 6: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht München (Isar-Verlag) 1955

- ULE, Carl Hermann Verfassungsrecht und Verwaltungs-
prozeßrecht
in: DVBl. 1959/537 ff.
- - - Das besondere Gewaltverhältnis
in: VVdStRL Heft 15/133 ff.
- - - Die Verwaltungsgerichtsordnung
in: DVBl. 1960/1 ff.
- WEISS, Wichtige Rechtsfragen auf dem Ge-
biet des Gefängniswesens
in: Z.f.Strafvollz. 1958/59 S.266 ff.
- WILKE, Walter Justizverwaltungsakt und Verwal-
tungsrechtsweg
in: JuV 1950/198 ff.
- von WINTERFELD, Achim Das Verfassungsprinzip des recht-
lichen Gehörs
in: NJW 1961/849 ff.
- WOESNER, Horst Die Menschenrechtskonvention in der
Deutschen Strafrechtspraxis
in: NJW 1961/1381 ff.

Abkürzungen:

ABlMilReg	Amtsblatt der Militärregierung Deutschland (britisches Kontrollgebiet)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS (Bay.)	Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Verwaltungsgeschichtshofs mit Entscheidungen des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs
AS (Mstr.- Lüneb.)	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
Bad-Württ.	Baden-Württemberg
Bay	Bayern
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BFinH	Bundesfinanzhof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Richter Zeitung
DStZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung
DV	Deutsche Verwaltung; nunmehr: Deutsche Verwaltungsblatt
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Dienst- und Vollzugsordnung für die Gefangenenanstalten der Justizverwaltung in Preußen vom 1.8.1923
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GB1.	Gesetzblatt
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt

JMBL.	Justizministerialblatt
JuS	Juristische Schulung
JuV	Justiz und Verwaltung: nunmehr: Deutsche Richterzeitung
JVerwBl.	Justizverwaltungsblatt
JZ	Juristen-Zeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Nds	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
RdA	Recht der Arbeit
RegBl.	Regierungsblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rspr.RGStr	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
Schl-Holst	Schleswig-Holstein
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Vbl.BZ	Verordnungsblatt für die britische Zone, hrsg. vom Zentral-Justizamt für die britische Zone
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwGH	Verwaltungsgerichtshof
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGH	Verfassungsgerichtshof
Vorl.StrVollzO	Vorläufige Strafvollzugsordnung
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WBO	Wehrbeschwerdeordnung vom 28.12.1956 (BGBl. I S. 1066)

ZBR Zeitschrift für Beamtenrecht

Z.f.Strafvollz. Zeitschrift für Strafvollzug

ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissen-
schaft

A. Einleitung:

§ 1: Der Rechtsschutz bei Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Vollzug der Freiheitsstrafen in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung (Überblick)

Erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts wandte man sich von der bis dahin allgemein geltenden Auffassung ab, der Strafgefangene sei nur Verwaltungsobjekt, also nicht Rechtssubjekt, d.h. Träger von Rechten (und Pflichten). Nach vereinzelt Ansätzen in der Literatur vertrat FREUDENTHAL in seiner Frankfurter Rektoratsrede im Jahre 1909 ¹⁾ erstmalig - und im folgenden mehrfach ²⁾ vor allem durch Weiterbildung und Ergänzung seiner These - den Standpunkt, daß der Strafgefangene trotz seiner Verurteilung Träger von Rechten und Pflichten, also Rechtssubjekt bliebe und grundsätzlich seine staatsbürgerlichen Rechte behielte, jedoch nur insoweit, als sie nicht durch das Wesen des Strafvollzuges als rechtlich sanktioniertem Freiheitsentzug entfielen (bzw. eingeschränkt würden). Als Rechtsschutz gegen Übergriffe des Vollzuges fordert er, daß über die Einwendungen gegen Vollzugsmaßnahmen nicht die Vollzugsbehörde sondern unabhängige Stellen in der Form der ordentlichen Gerichte oder Sondergerichte entscheiden sollten. Da es sich um Eingriffe in die staatsbürgerlichen Rechte handele, bedürfe es eines Gesetzes, um in diese Rechte eingreifen zu können, da die staatsbürgerlichen Rechte nach der Verfassung nur auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt oder aufgehoben werden könnten.

Im Gegensatz dazu vertrat JACOBI ³⁾ die Auffassung, daß es sich bei dem Strafvollzug um ein besonderes Gewaltverhältnis handele und daß dieses Verhältnis durch Verwaltungsanordnung geregelt werden könne, eine Einschränkung der staatsbürgerlichen Rechte folglich im besonderen Gewaltverhältnis nicht nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen könne.

1) FREUDENTHAL, Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen.

2) FREUDENTHAL, ZStW 32/222ff., 35/917ff.; 39/493ff.;
BUMKE S. 141ff.; DSTZ 1/488; DJZ 1926/409ff.

3) JACOBI, ZStW 50/376ff.

In der Folgezeit war der Rechtsschutz gegen Vollzugsmaßnahmen und damit die Frage nach der Rechtsstellung des Strafgefangenen Gegenstand vieler Erörterungen. Es sei verwiesen auf die Ausführungen ANDRAES ⁴⁾ und BASTAS ⁵⁾.

Nach dem zweiten Weltkrieg trat die Frage des Rechtsschutzes gegen Vollzugsmaßnahmen erneut in den Vordergrund, vor allem durch den Erlaß der Militärregierungsverordnung Nr. 165 ⁶⁾ (Britische Besatzungszone) und des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit ⁷⁾ (Amerikanische Besatzungszone).

Nach § 25 Abs. 1 S. 2 MRVO 165 galt für die Länder der ehemaligen Britischen Besatzungszone, daß Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafprozesses einschließlich des Strafvollzuges nicht als Verwaltungsakte i.S. des § 25 Abs. 1 S. 1 MRVO 165 anzusehen waren. Somit war gegen solche Akte der Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen. Trotz des klaren Wortlauts setzte aber hier schon der Streit ein. So vertrat KLINGER ⁸⁾ die Ansicht, durch § 25 Abs. 1 S. 2 MRVO 165 seien nur solche Akte von der Nachprüfung im Verwaltungsrechtsweg ausgenommen, die in Ausübung der Gerichtsbarkeit erlassen wurden. Nach seiner Ansicht waren Akte der Justizverwaltung Verwaltungsakte i.S. des § 25 Abs. 1 S. 1 MRVO 165 und unterlagen somit der Nachprüfung im Verwaltungsprozeß ⁹⁾.

Da es in dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die amerikanische Besatzungszone an einer dem § 25 Abs. 1 S. 1 MRVO 165 ähnlichen Bestimmung fehlte und somit der Verwaltungsrechtsweg gegen Akte des Strafvollzuges nicht ausdrücklich ausgeschlos-

4) Der Deutsche Strafvollzug und seine reichsgesetzliche Regelung.

5) Inwieweit deckt die Anstaltsgewalt Eingriffe in die Rechte des Gefangenen.

6) A Bl. Mil.Reg. 1948 S. 799; VBl. BZ 1948 (S. 263).

7) Bayern: Gesetz Nr. 39 v. 25. 9. 1946 (GVBl. S. 281); Bremen: Gesetz vom 5.8.1947 (GBL. S. 171); Hessen: Gesetz vom 31.10. 1946 (GVBl. S. 194); Württemberg-Baden: Gesetz Nr. 110 vom 16. 10. 1946 (Reg.Bl. S. 221).

8) KLINGER, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, § 25 Anm. C; vergl. auch Wilke, JuV 1950/198.

9) ASSCHENFELDT, MDR 1955/85 ff.

sen war, entspann sich auch hierüber ein heftiger Streit. Überwiegend wurde jedoch die Ansicht vertreten, § 25 Abs. 1 S. 2 MRVO 165 enthalte einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auch im Geltungsbereich des VGG (im Bereich des VGG - Berlin galt er gem. § 23 ohnehin schon) anzuwenden sei ¹⁰⁾.

Wenn auch überwiegend ¹¹⁾ angenommen wurde, der Verwaltungsrechtsweg stehe sowohl im Geltungsbereich der MRVO 165 als auch in dem des VGG gegen Akte des Strafvollzuges nicht offen, so war man sich durchaus nicht einig, ob sich der Gefangene zur Wahrung seiner Rechte nunmehr an das ordentliche Gericht wenden konnte.

Gem. Art. 19 Abs. 4 GG ist der ordentliche Rechtsweg gegeben, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird und keine andere Zuständigkeit begründet ist. Dieser Ersatzrechtsweg war nach Ansicht eines Teils der Autoren ¹²⁾ dem Gefangenen deswegen versperrt, weil der Gefangene auf Grund des Eintritts in das besondere Gewaltverhältnis des Strafvollzuges in seinen Rechten beschränkt sei. Die herrschende Meinung dagegen vertrat den Standpunkt, daß über Art. 19 Abs. 4 GG dem Gefangenen der ordentliche Rechtsweg gegen Maßnahmen auf dem Gebiet des Strafvollzuges offenstünde. ¹³⁾ Daß neben diesem Rechtsmittel dem Gefangenen noch die Rechtsbehelfe der jeweiligen Strafvollzugsordnungen offenstanden, er ferner Dienstaufsichtsbeschwerde einlegen konnte, war unbestritten. Neben dem direkten gerichtlichen Rechtsschutz gegen Maßnahmen im Strafvollzug gem. Art. 19 Abs. 4 GG wurde und wird auch in Zukunft dem Strafgefangenen ein indirekter Rechtsschutz über die Be-

10) BVerwGE 6/86; SCHUNK- de CLERCK, § 40 Anm. 7.

11) Vergl. OVG Münster in: DÖV 1957/461 (Nr. 157) = VerwRspr. Bd. 9/ S. 511ff; OVG Hamburg in: VerwRspr. Bd. 10/ S. 10ff; OVG Lüneburg in: VerwRspr. Bd. 11/ S. 230ff.

12) Vergl. die Übersicht bei RÖHL, JZ 1954/65ff, 68f; OLG Schleswig, SchlHA 1951/91; ferner KNOLL, 41. Deutscher Juristentag, Anhang III S. 181ff.

13) KLEIN, VVdStRL Heft 8 S. 108, 124; RÖHL, JZ 1954/S. 69; ULE, VVdStRL Heft 15 S. 148ff.; ULE, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. III, S. 264f.; WERNICKE (Bonner Kommentar), Art. 19, S. 17; vgl. auch MENGER, VerwArch Bd. 50, S. 278; BVerwG, Urteil vom 13.11.1959 - VII C 136/57 -; LVG Hamburg, MDR 1955/127; OLG Bremen, NJW 1959/2176f.

stimmungen des § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG, § 90 BVerfGG, sowie des StGB gewährt. Sofern ein Vollzugsbeamter eine ihm gegenüber dem Strafgefangenen obliegende Amtspflicht verletzt, ist gem. Art. 34 GG der Staat zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. ¹⁴⁾

Auch das Recht der Verfassungsbeschwerde gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG steht dem Strafgefangenen in vollem Umfang zu, denn es ist nicht ersichtlich, daß durch den Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis des Strafvollzugs nach dem Willen des Gesetzgebers das Recht, eine Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben zu können, ausgeschlossen sein soll. ¹⁵⁾

Ferner ist der Strafgefangene gegen Übergriffe des Vollzugspersonals durch die Vorschriften des StGB, z.B. in den Fällen der Mißhandlung, Beleidigung usw. in gewissem Umfang geschützt. ¹⁶⁾ Außerdem steht dem Gefangenen das Petitionsrecht des Art. 17 GG in vollem Umfang zu. ¹⁷⁾ Strittig war jedoch, ob der Gefangene auch in Gemeinschaft mit anderen das Petitionsrecht ausüben konnte. Dieses wurde, soweit ersichtlich, einhellig abgelehnt. ¹⁸⁾

§ 2: Die Entstehungsgeschichte der §§ 23-30 EGGVG

Weder in dem von der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten in Zusammenarbeit mit den Innenministerien gearbeiteten Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (vorgelegt im Jahre 1951), noch in der Regierungsvorlage zum Gesetzentwurf der VwGO waren die nunmehr durch § 179 VwGO eingefügten §§ 23-30 EGGVG enthalten. Vielmehr geht die Einfügung dieser Bestimmungen auf den Vorschlag des Bundesrates vom 29. November 1957

14) Vgl. DEPENBROCK, S. 164.

15) REIMER, S. 54; ULE, VVdStRL Heft 15, S. 140f.

16) ULE, VVdStRL Heft 15, S. 140.

17) DEPENBROCK, S. 155ff.; Herb. KRÜGER in: VVdStRL Heft 15 S. 138; KÜHN, S. 47ff.; von MANGOLDT-KLEIN, Art. 17 Anm. V 2; von MÜNCH in: JZ 1958, S. 76.

18) Vgl. die in Fußnote 17 zitierten Autoren.

zurück, der sich wiederum auf eine Fassung des gemeinsamen Vorschlages des Bundesjustizministeriums und der Länderjustizministerien stützt. ¹⁹⁾ In der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der VwGO wird zur Einführung der §§ 23-30 EGGVG ausgeführt: "Die Nachprüfung der spezifisch justizmäßigen Verwaltungsakte der Justizverwaltung sollte den ordentlichen Gerichten übertragen werden, da diese über die für die Nachprüfung erforderlichen Zivil- und strafrechtlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen. ²⁰⁾ ²¹⁾

In der Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates wurde dem Vorschlag des Bundesrates nicht widersprochen. ²¹⁾ So wie es der Bundesrat getan hatte, regte auch die Bundesregierung an, statt der in § 168 a Abs. 1 (nunmehr § 23 Abs. 1 EGGVG) benutzten Generalklausel einen enumerativen Katalog zu schaffen.

In der Sitzung des Rechtsausschusses vom 4. März 1959 ²²⁾ wurde nochmals beraten, ob die neuen Bestimmungen in die VwGO eingefügt werden sollten oder ob ein selbständiges Gesetz geschaffen werden sollte. Man einigte sich schließlich, die Bestimmungen nicht in die VwGO einzufügen, weil sie innerhalb dieses Gesetzes einen Fremdkörper darstellten. Es wurde angeregt, die Bestimmungen durch die VwGO in das EGGVG einzufügen. Das EGGVG bot sich an, weil dort bestimmt ist, daß und in welchem Umfang ordentliche Gerichte neben den Aufgaben der Rechtspflege auch Verwaltungsaufgaben erledigen können. Am 21. Januar 1960 wurde die VwGO verabschiedet. Ihr § 179 fügt in das EGGVG die §§ 23-30 ein. Die VwGO trat gem. § 195 Abs. 1 am 1. April 1960 in Kraft.

19) Bundestagsdrucksache Nr. 55, III. Wahlperiode 1957, S. 53ff. 61.

20) Vgl. KOEHLER, § 179 Anm. I.

21) Bundestagsdrucksache Nr. 55, III. Wahlperiode 1957, S. 77ff. S. 79.

22) Protokoll der 56. Sitzung des Rechtsausschusses, III. Wahlperiode S. 2ff.

§ 3: Die Generalklausel des § 23 Abs. 1 EGGVG

Wie oben bereits gesagt, hatte der Bundesrat und die Bundesregierung angeregt, statt einer Generalklausel einen enumerativen Katalog der nach den §§ 23-30 EGGVG nachprüfbaren Justizverwaltungsakte zu schaffen. Diese Anregung wurde damit begründet, daß die geschaffene Generalklausel auch solche Fälle erfasse, die nicht unter den bis dahin geltenden Begriff des Justizverwaltungsaktes fielen.²³⁾ Die Form der Generalklausel wurde jedoch gewählt und zwar aus folgenden Gründen: Einmal stand man vor der Schwierigkeit, sich beim Aufbau des Katalogs zu entscheiden, welche Justizverwaltungsakte man als justiziabel ansehen wollte. Dabei entstand zunächst einmal die Schwierigkeit, einen erschöpfenden Katalog aufzustellen. Wenn es auch im Moment möglich gewesen wäre, alle justiziablen Justizverwaltungsakte zu katalogisieren, so wäre doch durch einen Katalog die Rechtsentwicklung insoweit gehemmt worden, als beim Vorliegen eines enumerativen Katalogs der anfechtbaren Maßnahmen eine Ausdehnung oder Einschränkung des Kreises der anfechtbaren Maßnahmen, die möglicherweise erforderlich werden könnte, unzulässig wäre. Ferner hätte dann bei anfänglich bereits bestehender oder nachträglich sich ergebender Unvollständigkeit des Katalogs sich eine Rechtszersplitterung ergeben. Gem. Art. 19 Abs. 4 GG i.V. mit der verwaltungsgerichtlichen Generalzuständigkeit des § 40 VwGO in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art würde in dem Falle, daß ein Justizverwaltungsakt von der Lehre als unter die §§ 23-30 EGGVG fallend angesehen würde, der Justizverwaltungsakt aber nicht im Katalog der justiziablen Justizverwaltungsakte i.S. des § 23 EGGVG stünde, zu einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts führen. Somit sei eine Rechtszersplitterung zu befürchten gewesen, die gerade durch § 179 VwGO (§§ 23-30 EGGVG) beseitigt werden sollte. Ferner betrachtete man die durch § 179 VwGO eingefügten Bestimmungen des EGGVG nur als eine Übergangsregelung.

23) Vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 55, III. Wahlperiode 1957, S. 61.

Gegen diese Argumente vermochten die Vertreter der Ansicht, es sei ratsamer, einen enumerativen Katalog der anfechtbaren Justizverwaltungsakte aufzustellen, nicht durchzudringen. Im wesentlichen begründeten sie ihre Ansicht damit, es könne nur schädlich sein, die Generalklausel des § 40 VwGO durch eine Generalklausel, den § 23 EGGVG, einzuschränken. ²⁴⁾

Die Vorschriften der §§ 23 - 30 EGGVG sollen in der Folgezeit durch Bestimmungen in den jeweiligen Spezialgesetzen abgelöst werden, in denen dann, da sie spezialgesetzliche Regelungen sein werden, die durch die gewählte Generalklausel evtl. auftretenden Unklarheiten vermieden werden können. ²⁵⁾

Das zukünftige Strafvollzugsgesetz soll folglich nach dem Willen des Bundesgesetzgebers eine spezielle Regelung über den Rechtsweg gegen Vollzugsmaßnahmen und das Verfahren enthalten.

B. Hauptteil:

I.

§ 4: Die Antragsarten der §§ 23-30 EGGVG

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 Abs. 1 EGGVG, durch den die Rechtmäßigkeit von Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen (u.a.) der Vollzugsbehörden im Vollzuge der Freiheitsstrafen in einem gerichtlichen Verfahren nachgeprüft werden können, entspricht der Anfechtungsklage des § 42 VwGO.

Der Anfechtungsantrag gem. § 23 Abs. 1 EGGVG ist ein Gestaltungsantrag, denn er hat die Aufhebung einer Verfügung, Anordnung oder sonstigen Maßnahme zum Ziel. Da der Anfechtungsantrag aber reiner Gestaltungsantrag ist, kann er nicht den Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts zum Gegen-

24) Vgl. KOEHLER, § 179 Anm. II 1; NAUMANN, in: DÖV 1960/205; RUSCHEWEYH in: DVBl. 1958/690; SCHUNCK-de CLERCK, § 40 Anm. 7b; STICH in: DÖV 1960/369.

25) Vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 1094, III. Wahlperiode S.15; Protokoll der 56. Sitzung des Rechtsausschusses, III. Wahlperiode S. 4; KLINGER, § 179 Anm. 1 zu § 23 EGGVG.

stand haben. Der Anfechtungsantrag ist folglich immer dann zu stellen, wenn er sich gegen Akte der Eingriffsverwaltung richtet, d.h. wenn die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes erstrebt wird. Normalerweise kommt eine Anfechtungsklage nur dann in Betracht, wenn der Verwaltungsakt, dessen Aufhebung beantragt ist, zwar rechtswidrig, aber nicht nichtig ist. Ein nichtiger Verwaltungsakt schafft nämlich keine Bindungswirkung für den von ihm Betroffenen. Dennoch kann ein nichtiger Verwaltungsakt auch Gegenstand eines Anfechtungsantrages sein (das besagt § 43 Abs. 2 S. 2 VwGO für den Bereich der Verwaltungsgerichtsordnung), weil auch der nichtige Verwaltungsakt einen Rechtsschein erzeugt, und außerdem nicht immer unzweifelhaft ist, ob ein Verwaltungsakt anfechtbar oder nichtig ist. Dieser Grundsatz ist auch im Verfahren nach den §§ 23ff EGGVG anzuwenden.

Neben dem Anfechtungsantrag ist als Rechtsschutzergänzung der Verpflichtungsantrag im § 23 Abs. 2 EGGVG geschaffen worden. Bei diesem Antrag sind zwei Fälle zu unterscheiden: der Antrag auf gerichtliche Entscheidung, wenn die Vollzugsbehörde es

- a) abgelehnt hat, einen Verwaltungsakt zu erlassen (Weigerungsgegenklage), ²⁶⁾
- b) unterlassen hat, den Verwaltungsakt zu erlassen (Untätigkeitsklage).

Der durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Rechtsschutz wird durch die Möglichkeit weiter ausgestaltet, die Untätigkeit oder die Weigerung einer Behörde, einen Verwaltungsakt zu erlassen, zum Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung zu machen.

Während der Anfechtungsantrag nach § 23 Abs. 1 EGGVG rein kassatorisch wirkt, liegt das Wesen des Verpflichtungsantrages darin, die Verwaltung zum Erlaß eines bestimmten Verwaltungsaktes zu zwingen, also zu einem Handeln zu veranlassen. Der Anwendungsbereich der Weigerungsgegenklage und der Untätigkeitsklage liegt somit auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung.

26) BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 8.

Aus dem Funktionsverhältnis zwischen Anfechtungsantrag und Verpflichtungsantrag ergibt sich, daß mit dem Anfechtungsantrag nicht der Verwaltungsakt angefochten werden kann, durch den abgelehnt wurde, eine Maßnahme vorzunehmen, denn in dem Fall würde der Antragsteller durch den Anfechtungsantrag nichts gewinnen. Erst durch einen Verpflichtungsantrag würde der Antragsteller erlangen, was er erstrebt. ²⁷⁾

Schließlich ist im § 28 Abs. 1 S. 2 und 3 EGGVG ein Folgenbeseitigungs- und im § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG ein Feststellungsantrag vorgesehen, auf die an gegebener Stelle einzugehen ist.

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist im Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG ebensowenig zulässig wie im Verfahren nach der VwGO, denn mit der vorbeugenden Unterlassungsklage ficht der Antragsteller nicht ein Handeln der Behörde in einem konkreten Einzelfall an, sondern begehrt Rechtsschutz für ein generelles, erst in der Zukunft liegendes Handeln der Behörde. Dieses Begehren ist nach überwiegender Ansicht unzulässig ²⁸⁾.

II. Zulässigkeitsvoraussetzungen des Anfechtungsantrages

§ 5: Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 23 Abs. 1 EGGVG)

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung i.S. des § 23 Abs. 1 S. 1 i.V. mit S. 2 EGGVG ist eine prozessuale Willenserklärung, die dem Gericht gegenüber abzugeben ist. ²⁹⁾ Als solche ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung auslegungsfähig. Eine falsche Bezeichnung, etwa als Beschwerde, Einspruch, Widerspruch usw. schadet nicht. Das folgt aus § 29 Abs. 2, 2. Halbsatz EGGVG. Diese Bestimmung erklärt die Vorschriften der StPO über das Beschwerdeverfahren für sinngemäß anwendbar, sofern in den §§ 23 - 30 EGGVG Vorschriften über das Verfahren vor dem Strafsenat des

27) ULE, § 42 Anm. I 1.

28) Vergl. EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rdn. 23ff; KLINGER § 42 Anm. 4 c; SCHÄFER, DVBl. 1960/837ff, 842; ULE S. 91; sowie die Beschlüsse: OLG Hamburg - B. v. 14. 2. 1961 - VAs. 4/61; OLG Hamburg - B. v. 2. 3. 1961 - VAs 8/61; OLG Bremen - B. v. 28.3.1961 - VAs 7/61.

29) WIECZOREK, § 24 EGGVG Anm. C.

OLG nicht enthalten sind. Somit gilt auch § 300 StPO, der als allgemeine Vorschrift zumindest für die ordentlichen Rechtsmittel der StPO, wozu auch die Beschwerde gehört, anwendbar ist. Danach schadet ein Irrtum in der Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels nicht. Sofern folglich aus dem Vorbringen des Antragstellers erkennbar ist, daß er gegen eine gegen ihn ergangene Anordnung, Verfügung oder sonstige Maßnahme der Vollzugsbehörde im Vollzug einer Freiheitsstrafe das zulässige Rechtsmittel einlegen will, so ist nach den Umständen zu entscheiden, ob er einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen will. ³⁰⁾ Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn er sich mit seinem Begehren an das Oberlandesgericht selbst wendet.

§ 6: Ordnungsmäßigkeit der Antragstellung (§ 26 Abs. I EGGVG)

Gem. § 26 Abs. 1 EGGVG muß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts oder eines Amtsgerichts gestellt werden. Aus dem Wortlaut ist zu folgern, daß der Antrag einerseits zu Protokoll der Geschäftsstelle des zuständigen Oberlandesgerichts, andererseits aber auch bei der jedes beliebigen Amtsgerichts gestellt werden kann. ³¹⁾ Der von WIECZOREK ³²⁾ vertretenen Auffassung, daß die Einreichung einer Schrift bei jedem beliebigen Oberlandesgericht nicht als ausreichend anzusehen ist, ist zu folgen. Der Gesetzgeber wollte, davon ist auszugehen, bei schriftlicher Stellung des Antrages einen solchen nur als hinreichend ansehen, sofern er schriftlich bei dem zuständigen Gericht gestellt wurde. Die Ausnahme, daß er auch zu Protokoll eines (beliebigen) Amtsgerichts gestellt werden kann, ist wohl mit Rücksicht auf Schreibunkundige, Schreibungewandte sowie Rechtsunkundige geschaffen worden. Wenn aber der Antragsteller nicht zu diesem Personenkreis gehört und einen schriftlichen Antrag stellt, so ist ihm auch zuzumuten, daß er diesen an das zuständige Oberlandesgericht richtet.

30) Vgl. dazu auch KLEINKNECHT-MÜLLER, § 300 StPO, Anm. 1; PETERS, S. 215ff.

31) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 24 EGGVG Anm. 3.

32) WIECZOREK, § 26 EGGVG Anm. A II a, a1.

§ 7: Vorliegen einer Maßnahme der Vollzugsbehörde

Vorauszuschicken ist, daß der Begriff "Justizverwaltungsakt", der in der Lehre überwiegend benutzt wird, für Akte der Vollzugsbehörden im Vollzuge von Freiheitsstrafen zu eng ist. Die Anwendung des Begriffs "Justizverwaltungsakt" für Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörden ist deshalb nicht unbedenklich, weil - wie es im Land Hamburg der Fall ist - Vollzugsbehörden durchaus nicht immer zugleich Justizbehörden zu sein brauchen, sondern selbständige Subjekte öffentlicher Verwaltung sein können. Deshalb werden im folgenden die Ausdrücke "Maßnahmen der Vollzugsbehörden" oder "Verwaltungsakte der Vollzugsbehörden" benutzt.

Was unter einem Verwaltungsakt einer Vollzugsbehörde zu verstehen ist, läßt sich aus heute geltenden Gesetzen nicht entnehmen. Unter einem Verwaltungsakt verstand der Gesetzgeber für die Zeit der Gültigkeit der MRVO 165 gem. § 25 Abs. 1 dieser Verordnung jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird. Diese Begriffsbestimmung gilt heute noch. Der Gesetzgeber hat sie in die VwGO nicht übernommen, nicht deswegen, weil sie inzwischen überholt war, sondern um eine Rechtsentwicklung nicht zu behindern. Eine solche Behinderung könnte möglicherweise durch eine Legaldefinition eintreten.

Unter Verfügung ist ein solcher Verwaltungsakt zu verstehen, der ein Gebot oder Verbot beinhaltet, ferner die zur Durchsetzung der Verfügung erfolgte Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln. 33)

Eine Anordnung ist ein Gebot oder Verbot, eine sonstige Rechtsgestaltung, Feststellung oder Streitentscheidung, sowie deren Versagung. 34)

Unter Verwaltungsbehörde ist nach WOLFF ein öffentlich-rechtliches, nicht rechtsfähiges, eingerichtetes Vertretungsorgan

33) WOLFF, S. 252.

34) WOLFF, S. 248.

eines Trägers öffentlicher Verwaltung zu verstehen. Als Behörde i.S. des § 25 Abs. 1 S. 1 MRVO 165, und somit i.S. der anerkannten Verwaltungswissenschaft, sind nicht die Behördenteile anzusehen, wie z.B. bei den Strafvollzugsbehörden nach der Vorl.StrVollzO für Nordrhein-Westfalen die Abteilungsleiter (Nr. 15), Verwaltungsdienstleiter (Nr. 16 Abs. I S. 2), Aufsichtsdienstleiter (Nr. 18 Abs. I S. 2), Werkbeamte (Nr. 18 Abs. III), Wachtmeister usw. Die Handlungen der Behördenteile oder der einzelnen Amtswalter gelten vielmehr rechtlich als Handlungen der Behörde. Für die Vollzugsanstalten des Landes Nordrhein-Westfalen ergibt sich das schon aus Nr. 14 der Vorl. StrVollzO NRW. Danach leitet der Anstaltsleiter den gesamten Dienstbetrieb und vertritt die Vollzugsanstalt nach außen hin. Daraus folgt ferner, daß alle Dienstverrichtungen, insbesondere also auch jede einzelne Verfügung, Anordnung oder sonstige Maßnahme, die ein Beamter des Vollzugsdienstes einem Gefangenen gegenüber trifft, rechtlich als solche des Anstaltsleiters gilt. Damit ist zugleich geklärt, daß gegen jede Verfügung, Anordnung oder sonstige Maßnahme eines Vollzugsbeamten, der im Rahmen seiner ihm übertragenen Tätigkeit ergeht, als Akt des Anstaltsleiters und somit der Vollzugsbehörde anzusehen ist.

Das Verwaltungshandeln muß eine Regelung beinhalten. WOLFF³⁶⁾ versteht unter einer Regelung eine "einseitige, potentiell verbindliche, rechtsfolgebegründende Ordnung eines konkreten Lebenssachverhaltes". Tatsächliche Handlungen oder Zustände beinhalten in der Regel keine rechtliche Regelung³⁷⁾, jedoch können bisweilen auch tatsächliche Handlungen rechtliche Regelungen (implicite) enthalten, z.B. die Tötung eines verseuchten Kanarienvogels, den in seiner Zelle zu halten einem Gefangenen gestattet war. Ebenso sind nicht als Regelungen anzusehen die Wissensäußerungen einer Behörde, auch wenn sie sich möglicherweise im Ergebnis nachteilig für den Antragsteller auswirken.³⁸⁾

35) WOLFF, S. 244; vgl. auch SCHUNCK-de CLERCK, § 42 Anm. 2 b.

36) WOLFF, S. 248.

37) Vgl. OLG Hamburg - B. v. 5. 1. 1961 - VAs 26/60, und OLG Hamburg - B. v. 25. 8. 1961 - VAs 28/61.

38) So OLG Hamm - B. v. 8. 5. 1961 - 1 VAs 9/61 - in: JVerwBl. 1962/41ff. (wohl h. Rspr., vgl. die im o.a. Beschluß zitierte Rechtsprechung).

Es muß sich aber in jedem Falle um eine Maßnahme handeln, durch die ein Sachverhalt geregelt wird und von der unmittelbare rechtliche Wirkungen ausgehen.³⁹⁾ Diese Kriterien fehlen bei bloßen Mitteilungen, Belehrungen, Verwarnungen ohne konkrete Androhung eines Zwangsmittels.

Keine Regelung i.S. der Definition des Verwaltungsaktes sind die sog. "Zweitbescheide". Unter Zweitbescheiden versteht man die Wiederholung eines Verwaltungsakts, ohne ihn inhaltlich zu ändern.⁴⁰⁾ Als Zweitbescheide im oben angeführten Sinne sind jedoch nur solche anzusehen, die nicht selbst wiederum eine Regelung treffen. Ob die Verwaltungsbehörde lediglich den ursprünglichen Verwaltungsakt wiederholen will oder eine neue Regelung treffen will, ergibt sich aus den Umständen. Dabei ist nicht entscheidend, ob sich das Gebot oder Verbot ändert. Vielmehr ist bei gleichem Wortlaut des "Verfügungssatzes"⁴¹⁾ durchaus möglich, daß der Verwaltungsakt inhaltlich geändert ist, insofern er also einen selbständigen und damit auch selbständig anfechtbaren Verwaltungsakt darstellt. Dieses kann vorliegen, wenn neue Ermittlungsergebnisse oder neue bisher nicht geprüfte rechtliche oder tatsächliche Gesichtspunkte den Erlaß eines neuen Verwaltungsakts mit gleichem Ge- oder Verbot rechtfertigen.⁴²⁾ Nicht hierzu sind die Fälle zu zählen, in denen auf Grund eines veränderten Sachverhalts ein weiterer Verwaltungsakt ergeht, denn dieser Verwaltungsakt ist eine neue Regelung eines neuen konkreten Sachverhalts. Insofern wird also auch nicht Bezug auf einen früheren Verwaltungsakt genommen. Ebenfalls nicht als Zweitbescheide sind solche Verwaltungsakte anzusehen, die auf Grund eines neuen Antrags erlassen werden, ohne daß sich der Sachverhalt und die tatsächliche und rechtliche Beurteilung geändert haben, erlassen werden.⁴³⁾

Dies wird daraus gefolgert, daß es für das Wesen des Verwaltungs-

39) Vgl. KLINGER, § 42 Anm. E I 2f; BVerwG in DVBl. 1959/582f.

40) EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn. 27c; WOLFF, S. 248; BVerwG NJW 62, S. 362ff.

41) So HAUSEISEN in: NJW 1959, S. 2137.

42) So auch OLG Hamm - B. v. 19.12.1960 - 1 VerwG 3/60 in: JVB1. 1961/165f. Vgl. auch HAUSEISEN in: NJW 1959, S. 2137; KOEHLER, § 42 Anm. A III 15.

43) Vgl. hierzu auch OLG Oldenburg - B. v. 31.10.1961 - 1 VAS 7/61.

akts auf die Konkrettheit der Regelung ankommt.

Auf den Unterschied zwischen Justizakt und Justizverwaltungsakt braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen zu werden. Justizakte unterliegen dem Rechtsschutz nach den §§ 23-30 EGGVG nicht (einhellige Auffassung). Da es jedoch im Vollzug von Freiheitsstrafen keine Justizakte gibt, braucht auf diese Problematik nicht eingegangen zu werden.

Schließlich muß die Anordnung, Verfügung oder sonstige Maßnahme einen Einzelfall regeln, um als Verwaltungsakt angesehen werden zu können. Allgemein reicht es nach der Verwaltungsrechtswissenschaft zur Erfüllung des Erfordernisses der Regelung eines Einzelfalls aus, wenn die Anordnungen zur Regelung unbestimmt vieler Ereignisse an eine bestimmte Person oder einen bestimmten Personenkreis ergehen. ⁴⁴⁾

Fraglich erscheint es jedoch, ob jede im besonderen Gewaltverhältnis "Strafvollzug" ergehende Anordnung, Verfügung oder sonstige Maßnahme als anfechtbar angesehen werden kann. FORSTHOFF⁴⁵⁾ vertritt die Auffassung, Befehle, die innerhalb der Ordnung der Strafanstalt ergehen, seien ebenso wenig Verwaltungsakte wie die Dienstbefehle der Vorgesetzten. Zwar sei diese Unterscheidung und Abgrenzung schwerlich durchzuführen nach materialen Kriterien. Die Abgrenzung habe vielmehr zu erfolgen nach dem Grundverhältnis und dem Betriebsverhältnis. ULE⁴⁶⁾, auf den FORSTHOFF⁴⁷⁾ Bezug nimmt, bezeichnet als Grundverhältnis die Rechtsbeziehungen, die in der Begründung, Veränderung oder Beendigung des besonderen Gewaltverhältnisses selbst bestehen, und als Betriebsverhältnis die Rechtsbeziehungen, die sich aus der Geltung der (geschriebenen oder ungeschriebenen) "Betriebsordnung" ergeben.

Auf diese Unterscheidung braucht indes nicht näher eingegangen zu werden, wenn im besonderen Gewaltverhältnis "Strafvollzug"

44) Vgl. WOLFF, S. 248.

45) FORSTHOFF, S. 188f.

46) ULE, in VVdStRL Heft 15, S. 152.

47) FORSTHOFF, S. 189 Fußnote 2.

ohnehin auch die Akte im Betriebsverhältnis vollen Rechtsschutz nach den §§ 23ff. EGGVG genießen. 48)

Entgegen der Ansicht FORSTHOFFs 49) vertritt ULE die Auffassung, daß voller Rechtsschutz (i.S. der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG) gegen alle Akte in den "geschlossenen Anstaltsverhältnissen" zu gewähren ist, also auch gegen solche, die im Rahmen des Betriebsverhältnisses ergehen. 50)

Unter "geschlossenen Anstaltsverhältnissen" versteht ULE 51) die besonderen Gewaltverhältnisse, in denen der Gewaltunterwerfene von seiner bisherigen Mit- und Umwelt auch gegen seinen Willen ferngehalten wird. 52)

Zur Begründung führt ULE die WBO an. Nach § 1 Abs. 1 WBO können alle Akte der Kommandogewalt im Rahmen des Wehrdienstverhältnisses zum Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens gemacht werden. Nach Erfolglosigkeit der weiteren Beschwerde (§ 16) kann der Soldat Antrag auf Entscheidung des Truppendienstgerichts stellen (§ 17). Ebenso wie im Strafvollzug 53) besitzt die Beschwerde jedoch keine aufschiebende Wirkung, insbesondere befreit sie nicht von der Ausführung des Befehls (§ 3). Wenn aber schon im Wehrdienstverhältnis jeder Akt der Kommandogewalt einem gerichtlichen Rechtsschutz unterliegt, so muß das umso eher im noch strafferen Strafvollzugsverhältnis gelten. Wenn der Gefangene keinen gerichtlichen Rechtsschutz gegen alle Maßnahmen - auch gegen die, die im Rahmen des Betriebsverhältnisses gegen ihn ergehen - besäße, führte der Ungehorsam gegen Befehle zu einer weiteren Verschärfung der Freiheitsentziehung. 54)

48) Es ist unstreitig, daß alle Akte im Grundverhältnis der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

49) FORSTHOFF zitiert fälschlicherweise ULE zur Stützung seiner Ansicht; FORSTHOFF, S. 189 Fußnote 3.

50) ULE in: VVdStRL Heft 15, S. 163.

51) ULE in: VVdStRL Heft 15, S. 160.

52) Als "geschlossenes Anstaltsverhältnis" führt ULE (a.a.O.) das Strafvollzugsverhältnis an.

53) Vgl. die Vorl.StrVollzOen der Länder.

54) Vgl. auch THIEME, in: DÖV 1956, S. 528.

Will man dem Rechtsstaatsprinzip im Strafvollzug Geltung verschaffen, müssen folglich alle Akte, also auch Befehle im Rahmen des Betriebsverhältnisses, der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. ⁵⁵⁾

§ 8: Subjektive Verfahrensvoraussetzungen (Partei-, Prozeß-, Postulationsfähigkeit, ordentliche gesetzliche Vertretung)

Da gem. § 29 Abs. 2 EGGVG auf das Verfahren vor den Strafsenaten die Vorschriften der StPO über das Beschwerdeverfahren sinngemäß Anwendung finden, greifen hinsichtlich der Partei- und Prozeßfähigkeit die gleichen Regeln Platz wie beim Beschwerdeverfahren.

Da als Gefangene, die Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen, nur natürliche Personen in Betracht kommen, braucht die Parteifähigkeit nicht eingehender erörtert zu werden. ⁵⁶⁾

Die strafprozessuale Prozeßfähigkeit und somit auch die Beschwerdefähigkeit i.S. der Vorschriften über die Beschwerde nach der StPO ist grundsätzlich verschieden von der Prozeßfähigkeit des § 51 ZPO. Wenn jemand in ein Strafverfahren verwickelt worden ist, so ist er für dieses Verfahren prozeßfähig, ohne Rücksicht auf sein Alter und seinen Geisteszustand. Unmittelbar aus der Prozeßfähigkeit folgt, daß jede in ein Strafverfahren hineingezogene Person auch selbständig Rechtsmittel einlegen kann. ⁵⁷⁾

Das folgt u.a. auch aus § 298 StPO. Darin ist ein selbständiges Recht zur Einlegung von Rechtsmitteln für den gesetzlichen Vertreter einer Person begründet. ⁵⁸⁾ § 298 StPO läßt dem Vertretenen aber freie Entscheidung hinsichtlich seiner eigenen Rechtsmittelentschlüsse. Insofern ist die vom OLG Hamm ⁵⁹⁾ ange-

55) So wohl auch OVG Münster in: NJW 1954/1015f.; vgl. auch OVG Koblenz in: DÖV 1960, S. 350; MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 Abs. IV GG, Anm. 24cc und 25bb.

56) KERN, S. 82.

57) HENKEL, S. 283f; KERN, S. 82; PETERS S. 203; vgl. auch WIECZOREK, § 26 Anm. A, der bei Anwendung der Beschwerdevorschriften des FGG § 104 BGB entsprechende Anwendung finden läßt.

58) KLEINKNECHT-MÜLLER, § 298 StPO Anm. 3a; SCHMIDT Teil II, § 298 StPO Rdn. 4.

59) OLG Hamm - B. v. 23.10.1961 - 1 VAs 27/61.

deutete Frage - die jedoch nicht zu entscheiden war, weil der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ohnehin unzulässig war - ob sich aus der möglicherweise fehlenden Prozeßfähigkeit (§§ 51, 52 ZPO) Bedenken gegen die Zulässigkeit ergeben könnten, schon im Ansatz falsch.

Da für das Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG keine Bestimmung besteht, nach der bestimmte Verfahrenshandlungen nicht von dem prozeßfähigen Antragsteller vorgenommen werden können, sondern von einem geeigneten Bevollmächtigten vorgenommen werden müssen, besitzt die Postulationsfähigkeit des Antragstellers im Verfahren nach den §§ 23ff. EGGVG keine Bedeutung.

§ 9: Örtliche und sachliche Zuständigkeit
(§ 25 Abs. I EGGVG)

Welches Oberlandesgericht für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zuständig ist, ergibt sich aus § 25 Abs. 1 EGGVG.

Sachlich zuständig für die Entscheidung über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörde im Vollzug einer Freiheitsstrafe ist immer ein Strafsenat (§ 25 Abs. 1 S. 1 EGGVG).

Örtlich zuständig ist bei der Entscheidung über derartige Maßnahmen

a) wenn kein Beschwerdeverfahren i.S. des § 24 Abs. 2 EGGVG stattgefunden hat, das Oberlandesgericht, in dessen Bezirk die Vollzugsbehörde ihren Sitz hat (§ 25 Abs. 1 S. 1 EGGVG);

b) wenn ein Vorverfahren stattgefunden hat, das OLG, in dessen Bezirk die Beschwerdebehörde ihren Sitz hat (§ 25 Abs. 1 S. 2 EGGVG).

Die Gerichtsstände des § 25 EGGVG sind ausschließliche und gelten für alle Arten von Anträgen. ⁶⁰⁾ Ferner kann gem. § 25 Abs. 2 EGGVG ein Land, in dem mehrere Oberlandesgerichte bestehen, durch Gesetz die Entscheidungen nach den §§ 23-30 EGGVG einem Oberlandesgericht oder dem obersten Landesgericht übertragen. Von die-

60) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 25 Anm.

ser Ermächtigung hat z.B. das Land Nordrhein-Westfalen Gebrauch gemacht, indem es durch Gesetz vom 8. November 1960 ⁶¹⁾ dem Oberlandesgericht Hamm die Entscheidung über Anträge nach den §§ 23-30 EGGVG auf dem Gebiet der Strafrechtspflege und des Vollzuges für das Land Nordrhein-Westfalen mit Wirkung vom 1. Januar 1961 ausschließlich übertragen hat.

Unter "Vollzugsbehörde" i.S. des § 25 Abs. 1 S. 1 EGGVG ist nach Nr. 13 Abs. 1 Vorl.StrVollzO NRW der Leiter der Vollzugsanstalt zu verstehen. Existieren folglich bei einer Strafanstalt sog. Außenstellen oder Lager (außerhalb der eigentlichen Anstalt), die - was durchaus möglich sein kann - in einem anderen Oberlandesgerichtsbezirk als die Hauptanstalt sich befinden, so ist zur Entscheidung über in den Außenlagern gegen Gefangene getroffene Anordnungen doch das Oberlandesgericht zuständig, in dem die Behörde, d.h. der Anstaltsleiter, ihren Sitz hat. Das folgt für Nordrhein-Westfalen aus Nr. 1 Abs. 2 S. 2 Vorl.StrVollzO, wonach Freiheitsstrafen (und Maßregeln der Sicherung und Besserung) auch in Lagern und anderen Einrichtungen der Strafvollzugsverwaltung vollzogen werden können. Diese Lager sind aber den Anstalten nur angegliedert, d.h. sie haben keine Selbständigkeit, sind also nicht Subjekte öffentlicher Verwaltung. Die Anordnungen eines Lagerleiters sind somit nur Anordnungen eines Amtswalters der Vollzugsbehörde. Die von dem Lagerleiter getroffenen Regelungen sind rechtlich Regelungen der Behörde, der der Lagerleiter angehört und unter deren Namen er handelt, also der Vollzugsbehörde, die wiederum der Leiter der Vollzugsanstalt ist.

Die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit eines Oberlandesgerichts bei voraufgegangenem Beschwerdeverfahren ist unproblematisch. Für Nordrhein-Westfalen gilt hier Nr. 198 Vorl.StrVollzO i.V. mit Nr. 9. Danach ist die Beschwerdebehörde der Generalstaatsanwalt bei dem Oberlandesgericht als Leiter des Vollzugsamtes seiner Behörde.

61) Gesetz betr. die Übertragung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Strafrechtspflege und des Vollzuges auf das Oberlandesgericht Hamm GVBl, NRW 1960 S. 352 (Nr. 311).

§ 10: Zulässigkeit des Rechtsweges (§ 23 Abs. 3 EGGVG)

Gem. § 23 Abs. 3 EGGVG ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung unzulässig, soweit die ordentlichen Gerichte bereits auf Grund anderer Vorschriften angerufen werden können.⁶²⁾ All jene Fälle, in denen auf dem Gebiet der Strafrechtspflege und des Vollzuges in der StPO bereits Rechtsmittel gegeben sind, scheiden somit aus dem Entscheidungsrahmen der §§ 23-30 EGGVG aus. Solche Vorschriften sind etwa in den §§ 115ff., 172, 304ff., 312ff., 333ff., 372 und schließlich im § 458 StPO enthalten. Die einzige für den Vollzug von Freiheitsstrafen in Betracht kommende Bestimmung, § 458 StPO, hat jedoch als andere Vorschrift i.S. des § 23 Abs. 3 EGGVG insofern auszuscheiden, als sie für die Überprüfung von Vollzugsmaßnahmen entsprechend angewandt wurde oder für anwendbar gehalten wurde. Ebenso verhält es sich mit Art. 19 Abs. 4 GG, nach dessen richtiger Anwendung - vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. 11. 1959⁶³⁾ - in extensiver Auslegung § 462 StPO für entsprechend anwendbar erklärt wurde, und für die Entscheidung über Maßnahmen im Strafvollzug das Strafgericht des ersten Rechtszuges für zuständig erklärt wurde. Gerade die Überprüfung von Vollzugsmaßnahmen unterfallen jetzt nach der gesetzlichen Regelung den §§ 23-30 EGGVG. § 458 StPO und Art. 19 Abs. 4 GG gelten somit nicht als andere Vorschriften i.S. des § 23 Abs. 3 EGGVG, sofern es sich um die Entscheidung über Vollzugsmaßnahmen handelt.⁶⁴⁾

Zu § 23 Abs. 3 EGGVG sind bislang folgende Entscheidungen ergangen, die sich alle über die Anwendung von § 458 StPO im Gegensatz zu den §§ 23-30 EGGVG verhalten.

Das OLG Hamm⁶⁵⁾ hatte über den Antrag auf Aufschiebung der Strafvollstreckung (mit Rücksicht auf ein laufendes Gnadengesuch) zu entscheiden. Es verwarf ihn mit der Begründung, gem. §§ 456, 483 Abs. 2, 462 StPO entscheide bereits das ordentliche

62) Vgl. die grundsätzlichen Erwägungen des OLG Hamm - B.v.28.10. 1961 - 1 VAs 26/61 - in: JVerwBl. 1962/40f.

63) Unveröffentlicht. Akt.Z. VII C 136/57.

64) RÖHL in: NJW 1960, S. 415; SCHMIDT, Teil III, § 23 EGGVG, Erl. II 2.

65) Beschluß vom 24. 2. 1961 - 1 VAs 3/61.

Gericht, und zwar das Gericht des ersten Rechtszuges über die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde (= Staatsanwaltschaft), nach der ein Antrag auf Strafvollstreckungsaufschub abgewiesen worden sei (ebenso OLG Bremen).⁶⁶⁾

Das OLG Bremen⁶⁷⁾ hatte über einen Antrag auf Strafunterbrechung zu entscheiden. In der Begründung führt das OLG überzeugend aus, daß § 458 StPO nur den Fall des Strafaufschubs regelt, also die Fälle, in denen es um die Aufschiebung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe ginge. Da zwar die Strafunterbrechung den Aufschub des noch nicht vollstreckten Teils der Strafe bedeute, könne zwar wortlautgemäß die Strafunterbrechung unter dem Begriff Strafaufschub gebracht werden. Das OLG folgert aber aus der Gesetzesterminologie u.a. der §§ 360 Abs. 2, 458 Abs. 3 StPO, daß der Gesetzgeber sehr genau zwischen Strafaufschub und Strafunterbrechung unterscheidet und kommt zu dem Ergebnis, daß die Strafunterbrechung nicht dem § 456 StPO unterliege. Insofern könne auch nicht gegen die Ablehnung eines Antrags auf Strafunterbrechung das ordentliche Gericht nach § 456 StPO angerufen werden. Somit sei der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 ff. EGGVG gegen die Ablehnung eines Antrags auf Strafunterbrechung nicht durch § 23 Abs. 3 EGGVG ausgeschlossen.

§ 11: Rechtsschutzinteresse

Wie bei jeder zivilrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Klage bedarf es, damit der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig ist, des Rechtsschutzinteresses des Antragstellers, da die staatlichen Gerichte nicht unnötig in Anspruch genommen werden sollen.⁶⁸⁾ Ausdrücklich festgelegt ist das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses beim Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur im Falle des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG, wonach die Feststellung des Gerichts (unter besonderen Voraussetzungen), die

66) Beschluß vom 20. 6. 1961 - VAs 7/61.

67) Beschluß vom 27. 2. 1961 - VAs 2/61.

68) Vgl. KÜHN, S. 105.

Maßnahme sei rechtswidrig, nur getroffen wird, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. (Das wird jedoch weiter unten in einem besonderen Kapitel behandelt.) Für die Anfechtungsanträge nach § 23 Abs. 1 EGGVG ist in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Antragstellers zu bejahen, wenn er durch eine Maßnahme betroffen wird und deren Aufhebung beantragt. ⁶⁹⁾ Deswegen wird man bei den Anfechtungsanträgen in der Regel davon ausgehen können, daß der Antragsteller ein Rechtsschutzinteresse hat, es sei denn, es lägen besondere Umstände vor, unter denen das Rechtsschutzinteresse entfielen. ⁷⁰⁾ Das Rechtsschutzinteresse wird folglich bei den Anfechtungsanträgen indiziert.

§ 12: Geltendmachung, in seinen Rechten verletzt zu sein
(§ 24 Abs. 1 EGGVG)

Gem. § 23 Abs. 1 EGGVG ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur zulässig, wenn der Antragsteller eine durch eine Maßnahme eingetretene Rechtsverletzung "geltend macht". Diese Formulierung entspricht wörtlich der des § 42 Abs. 2 VwGO. Diesem Erfordernis ist Genüge getan, wenn die substantiierten Darlegungen des Antragstellers ersehen lassen, daß das Vorliegen einer Maßnahme, deren objektive Rechtswidrigkeit und die Verletzung der Rechte des Antragstellers in Betracht kommen können, ⁷¹⁾ oder wenn der Antragsteller substantiiert dartut, er sei durch das Verhalten der Vollzugsbehörde in seiner Rechtssphäre betroffen, und hierbei eine Verletzung subjektiver Rechte nicht völlig ausgeschlossen erscheint, ⁷²⁾ oder, wie EYERMANN-FRÖHLER ⁷³⁾ sagen, es muß im Bereich des Möglichen liegen, daß der Antragsteller durch das Verhalten der Behörde in seinen Rechten verletzt ist.

69) EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn. 104.

70) KOEHLER, § 42 Vorbem. VII 1, 2; SCHUNCK-de CLERCK, § 42 Anm. 5.

71) So SCHUNCK-de CLERCK, § 42 Anm. 3.

72) KOEHLER, § 42 Anm. C IV 1. Vgl. ferner Württ.-Bd. VGH Stuttgart, Verw. Rspr. Bd. 10 No. 156; KLINGER, § 42 Anm. B; OLG Saarbrücken, B. v. 11. 11. 1960 - VAS 2/60.

73) EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn. 85.

Daraus folgt, daß die bloße Behauptung (im Gegensatz zur substantiierten Darlegung) nicht ausreicht. Es sind somit an die "Geltendmachung der Rechtsverletzung" erhebliche Anforderungen zu stellen.

Zwar wird in der Regel diese substantiierte Darlegung nicht schon in dem Antrag zu finden sein, aber ergänzend wird fast durchweg die Antragsbegründung die Geltendmachung enthalten. Die Antragsbegründung wird folglich in der Regel mit heranzuziehen sein.

§ 13: "in seinen Rechten"

Bei der Frage, was unter "Rechten" i.S. des § 23 EGGVG zu verstehen ist, kann auf die Lehre von den Rechten i.S. des § 42 VwGO und des Art. 19 Abs. 4 GG zurückgegriffen werden, weil sie dasselbe beinhalten.

Danach sind unter Rechten rechtlich geschützte Interessen zu verstehen. Rechtlich ist ein Interesse geschützt, wenn eine Rechtsnorm dem Individualinteresse (und nicht dem Allgemeininteresse) dienen will, ⁷⁴⁾ oder, wie WOLFF ⁷⁵⁾ sagt, wenn eine Zivilperson durch das objektive Recht begünstigt wird. Die Bezeichnung dieses status ist in der Lehre und Rechtsprechung sehr unterschiedlich. ⁷⁶⁾ Im folgenden wird die Formulierung WOLFFs verwandt, der unter Rechten i.S. des § 42 VwGO, Art. 19 Abs. 4 GG subjektive Rechte = Berechtigungen versteht. Nach WOLFF ⁷⁷⁾ sind für die Annahme eines subjektiven Rechts einer Zivilperson erforderlich:

1. ein materielles Gesetz, nicht nur programmatische Deklaration und nicht nur Verwaltungsanordnungen, das
2. auf Grund eines bestimmten Tatbestandes
3. einen Verpflichteten und
4. einen Berechtigten zu bestimmen gestattet, der

74) EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn. 97;

75) WOLFF, S. 218;

76) vgl. die Vielzahl der Formulierungen in der Zusammenstellung bei WERNICKE, Art. 19 Anm. II 4 b;

77) WOLFF, S. 219;

5. nicht nur tatsächlich (passiv) begünstigt wird, sondern sich auch rechtlich (aktiv) auf die ihn begünstigende Rechtsfolge soll berufen können.

Unter materiellem Gesetz versteht man allgemein einen positiven Rechtssatz. Daß zu den materiellen Gesetzen das Grundgesetz (und somit die Grundrechtsbestimmungen), ferner auch die allgemeinen Gesetze und Rechtsverordnungen fallen, ist unbestritten. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Verwaltungsanordnungen hierhergehören. Unter Verwaltungsanordnungen versteht man diejenigen Rechtssätze, die sich unmittelbar an weisungsabhängige Organe richten und die Wahrnehmung ihrer amtlichen, durch Rechtssatz bestimmten Zuständigkeiten kraft Weisungsgewalt näher regeln.⁷⁸⁾

Die vorläufigen Strafvollzugsanordnungen sind zwar in der Form einer Verwaltungsanordnung erlassen; das besagt jedoch nicht, daß sie auch Verwaltungsanordnungen (im herkömmlichen Sinne) sind. Ob eine behördliche Anordnung als Rechtsverordnung, Verwaltungsanordnung, Runderlaß, Rundschreiben, Rundverfügung, Weisung, Richtlinien, Erlaß o.ä. bezeichnet ist, kann für die Rechtsnatur der Anordnung nicht entscheidend sein (h.M.).⁷⁹⁻⁸⁴⁾

So hat z.B. das OVG Münster⁷⁹⁾ und das OVG Lüneburg⁸⁰⁾ Richtlinien als Rechtsverordnungen, der Bayrische Verfassungsgerichtshof⁸¹⁾ eine Bekanntmachung als Rechtsverordnung, das Bundesverfassungsgericht⁸²⁾ einen Präsidialerlaß als Gesetz und umgekehrt auch der BGH⁸³⁾ ein Landesgesetz als Verwaltungsvorschrift angesehen.

Nicht als Verwaltungsanordnungen sind nach heute herrschender Meinung⁸⁴⁾ die abstrakt-generellen Anordnungen im besonderen

78) WOLFF, S. 94.

79) OVG Münster in AS (Mstr.-Lüneb.) Bd. 5 S. 28.

80) OVG Lüneburg in: DVBl. 1950, S. 433.

81) Bayr. VerfGH in: AS (Bay.) 1952 Teil II, S. 148 ff., 156; Bayr. VerwGH, ebda. 1952 Teil I, S. 19.

82) BVerfGE Bd. 2/181.

83) BGHZ Bd. 6, S. 373.

84) Herb. KRÜGER (Festschrift für Smend), S. 239; Hild.KRÜGER in: RdA 1957, S. 50; dies. in: DVBl. 1955, S. 792; OBERMEYER, S. 173; ders. in: DÖV 1956/538.

Gewaltverhältnis anzusehen, obwohl sie (in der Regel) in der Form von Verwaltungsanordnungen ergehen.⁸⁵⁾ Nach der herkömmlichen Auffassung wurden diese abstrakt-generellen Anordnungen im besonderen Gewaltverhältnis zu den Verwaltungsanordnungen gerechnet. Sie galten nicht als materielle Gesetze, weil sie nicht unmittelbar Rechte und Pflichten eigenständiger Personen begründeten, sondern im Innenverhältnis der Verwaltungsorganisation blieben.

Das Bedürfnis, diese abstrakt-generellen Anordnungen im besonderen Gewaltverhältnis nicht als Verwaltungsanordnungen im herkömmlichen Sinne, sondern als neben den Verwaltungsanordnungen stehende "Sonderverordnungen"⁸⁶⁾ anzusehen, ergab sich aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.⁸⁷⁾ Ein Verwaltungsakt, der unter Verstoß gegen eine Rechtsverordnung erlassen wurde, war anfechtbar und aufhebbar, während ein Verwaltungsakt, der unter Verstoß gegen eine Sonderverordnung erlassen worden war, rechtsgültig blieb. Wenn also eine Sonderverordnung in Rechte Dritter eingreift, bestand kein Rechtsschutz. Der Rechtsschutz entfiel in all den Fällen, in denen nicht auf Grund eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung, sondern auf Grund einer Verwaltungsanordnung ein Eingriff vorgenommen wurde. Das ist aber nicht vereinbar mit dem Art. 19 Abs. 4 GG grundgesetzlich gewährten Rechtsschutz.

Wenn also eine Verwaltungsanordnung die Rechte eines Dritten unmittelbar berührt, das Außenverhältnis des Staates zum Gewaltunterworfenen gestaltet, kommt dieser Verordnung Sonderverordnungscharakter zu, während, wenn die Verwaltungsanordnungen, die sich an eine nachgeordnete Behörde richten und verwaltungsinterne Angelegenheiten regeln, ohne die Rechte eines Dritten zu berühren, also sich lediglich über das Innenverhältnis im Behördenaufbau verhalten, als Verwaltungsanordnungen im eigentlichen Sinne anzusehen sind.

Die vorläufigen Strafvollzugsordnungen der verschiedenen Länder,

85) BACHOF (Festschrift für Laforet) S. 300 ff., insbesondere S. 309 ff.; BENDER, S. 78; DAUMANN in: NJW 1958, S. 2004 f.; FORSTHOFF, S. 127 ff.; HAMANN, Einführung I D 1; LEISNER, in: DVBl. 1960, S. 617 ff., insbesondere Fußnote 24; MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 Abs. IV Rdn. 30; OBERMAYER, S. 173; WOLFF, S. 104; OVG Münster in: VerwRspr. Bd. 4, S. 533 ff. insbes. S. 538 = AS (Münster-Lüneburg) Bd. 5 S. 28 ff.

86) So WOLFF, S. 104, im Anschluß daran MAUNZ-DÜRIG.

87) OLG Hamm - B.v. 14.11.1960 - 1 VerwS 1/60 und die unter Fußnote 83 zitierte Literatur.

die im Verwaltungsverordnungswege erlassen sind, können somit, da sie als materielle Gesetze im Sinne der oben angeführten Definition anzusehen sind, als mögliche begünstigende Normen und somit als geeignet angesehen werden, subjektive (öffentliche) Rechte = Berechtigungen zu begründen. ⁸⁸⁾

Ein Sonderverordnungsrecht der Verwaltung kann jedoch nur dann bestehen, wenn kein höherrangiges Recht (Bundes- oder Landesgesetz oder Rechtsverordnung) besteht.

Die Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen vom 7. 6. 1923, ⁸⁹⁾ die an die Stelle der am 28. 10. 1897 vereinbarten "Grundsätze, welche bei dem Vollzuge gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen bis zu weiterer gemeinsamer Regelung zur Anwendung kommen" ⁹⁰⁾ traten, waren nicht als materielle Gesetze anzusehen. Das ergibt sich bereits aus § 223 Abs. 2 der VO vom 7. 6. 1923, nach dem "die Landesregierungen die Grundsätze bis spätestens 1. 7. 1924 zur Durchführung bringen." Wenn auch die die Grundsätze vom 7. 6. 1923 ablösende Verordnung vom 14. 5. 1934 ⁹¹⁾

88) Wenn man den gegenteiligen Standpunkt verträte, so hätten die in den vorläufigen Strafvollzugsordnungen vorgesehenen Beschwerdemöglichkeiten keinen Sinn, denn diesen erhalten sie erst dadurch, daß gegen Rechtsverletzungen, also Eingriffe in durch die Strafvollzugsordnungen gewährte subjektive Rechte, ein Rechtsbehelf gegeben wird (vgl. MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 Abs. IV Rdn. 34 Buchst. d). Durch die Eröffnung der Beschwerdemöglichkeit will die Vollzugsbehörde den Gefangenen unmittelbar begünstigen. Die Beschwerdemöglichkeit will die Vollzugsbehörde den Gefangenen unmittelbar begünstigen. Die Beschwerdevorschriften geben dem Gefangenen das Recht, eine Entscheidung über seine Beschwerde zu erhalten. Dieser zwar beschränkte, aber doch gewährte Rechtsschutz dient lediglich dem Interesse des Gefangenen. Ein Sinn für die Vollzugsbehörde ist nur sehr schwer zu ersehen (etwa mittelbare Überwachung der Vollzugsbediensteten).

89) RGBl. II, S. 263.

90) Zentralblatt für das Deutsche Reich 1897, S. 308.

91) RGBl. I, S. 383.

in der Form einer Rechtsverordnung erging, so könnte man dennoch der Ansicht sein, sie sei nur eine Verwaltungsanordnung. Als Begründung könnte auf Art. 1 der VO vom 14. 5. 1934 verwiesen werden. Darin wird bestimmt, daß bis zum Erlaß und Inkrafttreten eines Reichsgesetzes, das den Vollzug von Freiheitsstrafen regelt, die von den Landesregierungen vom 7. 6. 1923 vereinbarten Grundsätze als reichsrechtliche Grundlage des Vollzuges gelten sollten.

Bedenken gegen die Annahme einer Verwaltungsanordnung können auch nicht daraus hergeleitet werden, daß die VO vom 14. 5. 1934 in der Form einer Rechtsverordnung (unter Bezugnahme auf die Ermächtigungsgrundlage ⁹²⁾ ergangen ist, denn es ist grundsätzlich unerheblich, unter welcher Bezeichnung eine VO erlassen wird. ^{92a)}

Selbst wenn man die Ansicht vertritt, die VO vom 14. 5. 1934 enthalte materielle Normen in der Form von Rechtsverordnungsbestimmungen, so fehlt es doch an dem formellen Zulässigkeitsersfordernis der Ermächtigung, um eine gültige Rechtsverordnung annehmen zu können. Gem. Art. 5 des Ersten Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. 2. 1934 ^{92b)} war der Reichsjustizminister ermächtigt, alle Bestimmungen zu treffen, die durch den Übergang der Justizhoheit auf das Reich erforderlich wurden. Durch diese Ermächtigung konnte der Reichsjustizminister die Grundsätze von 1923, die in der Form von Verwaltungsanordnungen in den einzelnen Ländern (einheitlich) bestanden, nur durch Verwaltungsanordnung für das gesamte Reichsgebiet den Vollzugsbehörden gegenüber für verbindlich erklären. Die Grundsätze von 1923 konnten nicht durch Rechtsverordnung zu Rechtssätzen erhoben werden, denn diese Erhöhung war nicht "erforderlich" i.S. des Art. 5 des Gesetzes vom 16. 2. 1934. Insofern beinhaltete Art. 5 auch eine Begrenzung in der Form. ⁹³⁾

92) Vgl. Einführung der VO: "Auf Grund des Art. 5 des Ersten Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. 2. 1934... wird folgendes verordnet."

92a) Vgl. die in Fußnote 77-82 zitierte Rechtsprechung u. Literatur.
92b) RGBL. I, S. 91.

93) Unabhängig davon war die Änderung der Bestimmungen der Grundsätze von 1923 durch die Art. 2 und 3 der VO vom 14. 5. 1934 unzulässig, da diese Änderung keineswegs wegen des Übergangs der Justizhoheit auf das Reich erforderlich war.

Da die VO vom 14. 5. 1934 nicht durch die Ermächtigung des Art. 5 des Gesetzes vom 16. 2. 1934 gedeckt war, war sie als Rechtsverordnung nichtig, ⁹⁴⁾ bestand jedoch als Verwaltungsanordnung fort. ⁹⁵⁾ Bis zum Erlass der vorläufigen Strafvollzugsordnungen der Länder bestand somit kein Reichs- oder Bundesgesetz.

Ferner ist erforderlich, um ein Sonderverordnungsrecht der Länderverwaltungen anerkennen zu können, daß den Ländern die Gesetzgebungsbefugnis für diesen Bereich zusteht.

Gemäß Art. 74 Ziff. 1 GG gehört die Regelung des Gebietes des Strafvollzuges zur konkurrierenden Gesetzgebung. Da der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht bislang keinen Gebrauch gemacht hat, besitzen die Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG die Gesetzgebungsbefugnis.

Die einzelnen Länder wählten nicht den Weg der förmlichen Gesetzgebung, sondern den des Erlasses einer Verwaltungsanordnung, um das Gebiet des Strafvollzuges zu regeln.

Grundsätzlich sind die Länder nicht daran gehindert, ihre Gesetzgebungsbefugnisse nur im Wege des Erlasses von Verwaltungsanordnungen auszuüben.

Da das Sonderverordnungsrecht aber eine Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung darstellt, bedarf diese Befugnis einer Ermächtigung.

Der Gesetzgeber (bzw. der Parlamentarische Rat) hat jedoch bei der Schaffung des GG, bzw. des StGB und der StPO nicht daran gedacht, daß die Verwaltung (außer im Rechtsverordnungswege) Recht setzen kann, denn der Charakter der Sonderverordnungen als materiellen Gesetzen ist erst in jüngster Zeit erkannt worden. Deshalb können an die Ermächtigungsgrundlagen keine so strengen Anforderungen gestellt werden, wie sie für die wesensverwandte Rechtsverordnung in Art. 80 GG gefordert werden.

94) So auch DEPENBROCK, S. 23 f.

95) Nur aus diesem Grunde konnte auch diese VO durch Verwaltungsanordnung des Reichsjustizministers vom 22. 7. 1940 (Sonderveröffentlichung der DJ Nr. 21) abgeändert werden.

Als Ermächtigungsgrundlage ist jedenfalls jedes förmliche Gesetz geeignet.⁹⁶⁾

Als förmliches Gesetz, das als Ermächtigungsgrundlage für das Sonderverordnungsrecht der Verwaltung auf dem Gebiet des Strafvollzuges anzusehen wäre, kommt das Grundgesetz in Betracht (Art. 12 Abs. 4 und Art. 104).

Art. 104 GG setzt aber eine materielle Norm voraus, aus der sich die Berechtigung des Staates zur Freiheitsentziehung ergibt. Art. 104 GG will folglich nicht ein Freiheitsentziehungsrecht begründen, sondern bestimmt lediglich, daß nur ein Richter über die Statthaftigkeit einer jeden Freiheitsentziehung zu entscheiden hat.⁹⁷⁾ Somit kann Art. 104 GG auch nicht als Rechtsgrundlage für den Strafvollzug angesehen werden. Ebenso kann Art. 12 Abs. 4 GG nicht die Rechtsgrundlage des Strafvollzuges sein.

Als förmliche Gesetze, die eine Ermächtigungsgrundlage für das Sonderverordnungsrecht der Länder enthalten könnten, kommen das StGB und die StPO in Betracht. Diese beiden Gesetze enthalten zwar keine ausdrückliche Ermächtigung. Sie gehen aber, ebenso wie das Grundgesetz in Art. 104 und 12 Abs. 4 von der Berechtigung des Staates aus, Freiheitsentziehungen als Strafe anzuordnen.⁹⁸⁾ Das besondere Gewaltverhältnis ist folglich zumindest in einem förmlichen Gesetz vorausgesetzt.⁹⁹⁾

Da jedoch der Charakter der Sonderverordnungen erst in jüngster Zeit erkannt wurde, wie oben bereits gesagt, und früher das besondere Gewaltverhältnis als zum Innenraum des Staates gehörend und dem Bereich des Rechts entzogen galt,¹⁰⁰⁾ bestand für den Gesetzgeber des StGB und der StPO keine Veranlassung, eine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung oder Sonderverordnung in diese Gesetze einzufügen. An die Ermächti-

96) Ob darüber hinaus eine Ermächtigung kraft Gewohnheitsrechts ausreicht, ist strittig; bejahend WOLFF, S. 105; verneinend JESCH, S. 234 ff.

97) So BVerfG in dem nur z.T. veröffentlichten Beschluß vom 10.2.1960 - 1 BVR 526/53; 1 BVR 29/58; ebenso MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Rdn. 1. Insofern ist die Ansicht von WEISS in: Zeitschr. f. Strafvollz. 1958/59, S. 266ff. abzulehnen. Vgl. ferner BVerfGE 2/118, das feststellt, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG beziehe sich nicht auf die Form des Vollzuges der Freiheitsbeschränkung.

98) Vgl. DEPENBROCK, S. 24 f.; KG - B. v. 12.6.1961-1 Ws 139/61.

99) MAUNZ-DÜRIG, Art. 104 Rdn. 17.

100) Vgl. JESCH, S. 206.

gungsgrundlage sind folglich geringere Anforderungen zu stellen. Es ist daher auch als hinreichend anzusehen, daß der Gesetzgeber das besondere Gewaltverhältnis Strafvollzug vorausgesetzt hat, um ein Sonderverordnungsrecht der Länderverwaltungen als bestehend ansehen zu können. ¹⁰¹⁾

Die Gestaltungsbefugnis der Verwaltung, den Strafvollzug in Form von Verwaltungsanordnungen zu regeln, kann jedoch nur insoweit angenommen werden, als der Sinn und Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses reicht. Sofern der Strafvollzug Einschränkungen der Grundrechte, bedingt durch den Sinn und Zweck dieses besonderen Gewaltverhältnisses, erfordert, sind diese Einschränkungen zulässig, obwohl dies dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 und 19 Abs. 1 GG widerspricht. Mit WOLFF ¹⁰²⁾ ist der Verfasser der Ansicht, daß Art. 1 und 19 Abs. 1 GG sich nicht auf Sonderverordnungen beziehen können, da dem Grundgesetzgeber der Charakter der Sonderverordnungen als materiellem Gesetz noch nicht bekannt gewesen ist.

Es schadet nicht, daß die vorläufigen Strafvollzugsordnungen nicht in den Gesetz- und Verordnungsblättern der verschiedenen Länder, also nicht in der für Rechtsverordnungen vorgeschriebenen Form, veröffentlicht worden sind. Es genügt vielmehr formlose Bekanntmachung dem Betroffenen gegenüber. ¹⁰³⁾

Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Wollte man Verwaltungsanordnungen im herkömmlichen Sinne nur dann Rechtssatzcharakter zuerkennen, wenn sie ordnungsgemäß verkündet worden wären, so wäre die Konstruktion der Sonderverordnung bedeutungslos, die als Ausfluß des in Art. 19 Abs. 4 GG gewährten Rechtsschutzes anzusehen ist. In allen Fällen, in denen die Exekutive in die Rechtssphäre Außenstehender durch Sonderverordnungen

101) So wohl auch, obwohl nicht ausdrücklich (ohne Begründung) WOLFF, S. 105.

102) WOLFF, S. 105; im Ergebnis auch STRUCKMANN in: NJW 1962/621.

103) Herb. KRÜGER, S. 273 (Festschr. f. SMEND); Hildeg. KRÜGER, RdA 1957/50; OBERMAYER, S. 174; WOLFF, S. 117; wohl auch VGH Stuttgart in: DÖV 1950/314 f., der trotz ausdrücklich festgestellter Nichtverkündung im Regierungsblatt den Normcharakter bejaht.

Das OVG Münster - Verw.Rspr. Bd. 4 Nr. 112, S. 533 ff. = AS Bd. 5/28 ff. geht zwar nicht auf das Problem der Nichtverkündung ein, leitet jedoch aus nicht verkündeten Richtlinien einen klagbaren Rechtsanspruch her.

gen eingreifen wollte, brauchte sie nur die Verordnungen nicht zu veröffentlichen, um gefahrlos Verwaltungsakte auf Grund von Verordnungen zu erlassen, die im gerichtlichen Verfahren nicht überprüfbar wären. Diese Forderung würde die Exekutive wie KRÜGER ¹⁰⁴⁾ sagt, gerade dazu einladen, durch die Unterlassung der Verkündung die gerichtliche Kontrolle zu vermeiden.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß unter anderem auch die vorläufigen Strafvollzugsordnungen der Länder, die im Wege der Verwaltungsverordnung im herkömmlichen Sinne erlassen worden sind, materielle Gesetze i.S. der oben angeführten Definition sind, sofern sie in die Rechte Dritter, also in das Außenverhältnis eingreifen. Soweit sie jedoch nur verwaltungsinterne Angelegenheiten gegenüber den nachgeordneten Vollzugsbehörden regeln, haben sie als Verwaltungsanordnungen zu gelten.

Nicht als materielle Gesetze sind die Empfehlungen des "First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders" aus dem Jahre 1955 anzusehen. Diese Empfehlungen sind programmatische Erklärungen. Sie sind selbst kein Gesetz und erzeugen keinerlei Bindung oder Verpflichtungen gegenüber den an dem Kongreß teilnehmenden Nationen. ¹⁰⁵⁾ Um sie als materielles Gesetz ansehen zu können, bedürften diese Empfehlungen der Ratifikation und Verkündung als deutsches Gesetz. ¹⁰⁶⁾

Um ein subjektives (öffentliches) Recht = Berechtigung annehmen zu können, muß nach der o.a. Definition auf Grund eines bestimmten Tatbestandes ein Verpflichteter bestimmbar sein. Diesen Erfordernissen entsprechen die Strafvollzugsordnungen, denn sie enthalten bestimmte Tatbestände und der Verpflichtete ist der Staat, für den die Vollzugsbehörde den staatlichen Strafanspruch durchsetzt. Auch der Berechtigte ist bestimmbar; es ist in jedem Fall der Strafgefangene selbst.

104) KRÜGER (Festschr. f. SMEND), S. 239.

105) So auch DEPENBROCK, S.30; KG - B. v. 12.6.1961 - 1 Ws 193/61.

106) Vgl. dazu die europäische "Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten" vom 4.11.1950, die durch Gesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II, S. 685) Bundesgesetz wurde. Vgl. ferner WOESNER in: NJW 1961/1381.

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der Frage, ob der Berechtigte nicht nur passiv begünstigt wird, sondern sich auch aktiv auf die ihn begünstigende Rechtsfolge soll berufen können.

Es handelt sich um die Frage, ob die sog. Reflexrechte oder besser Rechtsreflexe Rechte i.S. des § 42 VwGO, 23 EGGVG, Art. 19 Abs. 4 GG sind. Nach heute herrschender Meinung¹⁰⁷⁾ zählen die sogenannten Rechtsreflexe nicht zu den subjektiven Rechten.

Rechtsreflexe beruhen auf Normen, die ausschließlich dem öffentlichen Interesse dienen wollen und lediglich rein tatsächlich in der Nebenwirkung auch dem Individualinteresse zugutekommen, ohne daß die Norm in ihrer Zweckbestimmung diese Nebenwirkung mitumfaßt.¹⁰⁸⁾

WOLFF¹⁰⁹⁾ vertritt die Auffassung, daß im sozialen Rechtsstaat eine Vermutung für eine Berechtigung begünstigter Zivilpersonen besteht, andererseits aber Rechtssätze, die der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung zu dienen bestimmt sind, nicht Zivilpersonen unmittelbar begünstigen und somit berechtigen.

Es ist immer eine Frage der Auslegung, ob eine Bestimmung unmittelbar eine Person begünstigen soll bzw. auch begünstigen soll, oder ob die Begünstigung lediglich rechtliche Reflexwirkung der der Allgemeinheit dienenden Norm ist.

Hinsichtlich der vorläufigen Strafvollzugsordnungen ergibt diese Auslegung folgendes: Die Bestimmungen über die Behandlung der Gefangenen, also insbesondere die Regelungen hinsichtlich der geistigen und seelischen Förderung der Gefangenen in der Form der Unterrichtung, besonderer Freizeitgestaltung, Seelsorge, Arbeitsgewährung, sowie die Bestimmungen hinsichtlich der Lebenshaltung, der ärztlichen Versorgung und des Verkehrs mit der Außenwelt, sollen ihrer Zwecksetzung nach den Gefangenen unmittelbar begünstigen, zumindest aber auch begünstigen.¹¹⁰⁾ Dagegen dienen die Bestimmungen über den organisatorischen Auf-

107) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn.96; KLINGER, § 42 Anm. C 4 c; SCHUNK-~~de~~ CLERCK § 42 Anm. 2 d;

108) EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn. 97; MAUNZ-DÜRIG, Art.19 Abs. 4 Rdn. 36; BVerwGE 6/167 ff, 169 f;

109) WOLFF, S. 209 f;

110) Vergl. OLG Hamm - B. v. 14.11.1960 - 1 VerwS 1/60.

bau der Vollzugsanstalten wesentlich der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in den Anstalten. Sofern diese Bestimmungen rein tatsächlich Nebenwirkungen für den einzelnen Gefangenen erzeugen, begründen sie lediglich Rechtsreflexe.

Schließlich scheiden nach Punkt 5 der o.a. Definition rein faktische Interessen, die rechtlich irrelevant sind, und Tatsachenreflexe aus, die zwar wirtschaftlich für den einzelnen von Bedeutung sein können, rechtlich jedoch nicht zum Tatbestand eines Rechtssatzes gemacht worden sind. ¹¹¹⁾

Zusammenfassend ist zu sagen: da die vorläufigen Strafvollzugsordnungen materielle Gesetze in der Form von Sonderverordnungen sind, die auf Grund eines bestimmten Sachverhalts gestatten, einen Verpflichteten und einen Berechtigten zu bestimmen, der sich auf die ihn begünstigende Rechtsfolge soll berufen können, begründen sie subjektive Rechte einer Zivilperson.

In neuerer Zeit anerkennt man jedoch auch ein "formelles" subjektives Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch. ¹¹²⁾ Ob es sich jedoch um ein formelles subjektives Recht oder nur um den Ausfluß aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG ¹¹³⁾ handelt, ist strittig.

§ 14: Rechtsverletzung

Bei der Verpflichtungsklage besteht die Verletzung darin, daß der Betroffene einen Rechtsanspruch auf Erlass eines Verwaltungsaktes hat, die Behörde den Akt jedoch nicht erläßt (Weigerungsklage) oder daß der Betroffene einen Anspruch auf Tätigwerden der Behörde hat, diese aber nicht tätig wird.

Eine Verletzung kann folglich nicht vorliegen, wenn die Behörde tätig geworden und dem Betroffenen alles gewährt worden ist, was er beantragt hat.

¹¹¹⁾ WOLFF, S. 221;

¹¹²⁾ Vgl. BACHOF, S. 69; ders. in: Festschrift für Laforet, S. 295; KAMM, JuS 1961/150; MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 36;

¹¹³⁾ So MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 36;

Bei dem Anfechtungsantrag besteht die Rechtsverletzung darin, daß in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen wird, indem ihm durch einen Verwaltungsakt eine Verbindlichkeit auferlegt wird. Unter Verbindlichkeit ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen zu verstehen. ¹¹⁴⁾

Die Frage der Rechtswidrigkeit der Maßnahme oder der Weigerung, einen Verwaltungsakt zu erlassen oder überhaupt tätig zu werden, ist eine Frage der Begründetheit. Das ergibt sich aus § 28 EGGVG, wonach die Maßnahme aufgehoben wird, sofern die Maßnahme rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist. ¹¹⁵⁾

Die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ist somit nicht Prozeßvoraussetzung, sondern Voraussetzung für die Begründetheit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung.

§ 15: Vorausgegangenes förmliches Beschwerdeverfahren
(§ 24 Abs. 2 EGGVG)

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann gem. § 24 Abs. 2 EGGVG erst nach vorausgegangenem Beschwerdeverfahren gestellt werden, sofern die Maßnahme der Vollzugsbehörde der Beschwerde oder einem anderen förmlichen Rechtsbehelf im Verwaltungsverfahren unterliegt. Zu prüfen ist somit, ob die in den vorläufigen Strafvollzugsordnungen vorgesehenen Beschwerdemöglichkeiten als förmliche Rechtsbehelfe anzusehen sind.

Unstreitig sind die in den Ländern Hamburg ¹¹⁶⁾ und Bremen ¹¹⁷⁾ geltenden Beschwerdeverfahren förmliche Beschwerdeverfahren. Ferner ist unstreitig, daß im Lande Bayern kein förmliches Beschwerdeverfahren gegeben ist, nach der Klarstellung in der Änderungsbekanntmachung vom 17. März 1960, ¹¹⁸⁾ nach der es sich

114) Vgl. KLEIN, VVDStRL Heft 8 S. 116;

115) KLINGER, § 42 Anm. C 1; KOEHLER, § 42 Anm. A II 4.

116) Gesetz zur Ausführung der VwGO vom 21.1.1960 vom 29.3.1960 (hamb. GVBl. S. 291) §6.

117) Gesetz zur Ausführung des GVG (AGGVG) vom 11.10.1960 (GBl. Bremen 1960 Nr. 34 S. 123 ff.), § 26 f.

118) Bayr. JMBL. 1960/54.

bei der in der vorläufigen Strafvollzugsordnung für das Land Bayern v. 20. Januar 1949 in den Nrn. 190 ff. vorgesehenen Beschwerde um eine Dienstaufsichtsbeschwerde handelt.

Bei der Frage der Förmlichkeit der in den vorläufigen Strafvollzugsordnungen der anderen Länder vorgesehenen Beschwerdeverfahren kann Bezug genommen werden auf die Ausführungen in § 13 "in seinen Rechten". Es ist ausgeführt, daß die vorläufigen Strafvollzugsordnungen materielles Recht sind, auf Grund einer Ermächtigung erlassen worden sind und ordnungsgemäß verkündet worden sind. Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht auf die Berechtigung der herrschenden Meinung eingegangen werden. Es kann nur klargestellt werden, daß die herrschende Meinung die vorläufigen Strafvollzugsordnungen als materielles Recht und die darin vorgesehenen Beschwerdeverfahren als förmliches Beschwerdeverfahren ansehen, weil die vorläufigen Strafvollzugsordnungen als materielles Recht subjektive öffentliche Rechte erzeugen. Durch die Beschwerdevorschriften wird ein subjektiv-öffentliches Recht auf formelle und materielle Nachprüfung des Vorgangs durch die Beschwerdebehörde geschaffen.¹¹⁹⁾ Im Gegensatz dazu gewährt der nicht förmliche Rechtsbehelf - z.B. die Dienstaufsichtsbeschwerde nach der Vorl. StrVollzO für das Land Bayern nur ein subjektives öffentliches Recht auf Bescheid, es besteht jedoch keine Verpflichtung der Behörde, in eine sachliche Prüfung einzutreten.¹²⁰⁾

Den förmlichen Charakter der Beschwerdeverfahren nach den vorläufigen Strafvollzugsordnungen bejahen alle Oberlandesgerichte wohl im wesentlichen im Anschluß an das OLG Hamm.¹²¹⁾

119) Ebenso RÖHL in: NJW 1960/413 ff.; SCHMIDT III § 24 EGGVG Anm. II 2. Auf die Ansicht ALTENHAINS (JVerwBl. 1960/195) braucht nicht eingegangen zu werden, da die Auffassung sich nicht mit der neueren Lehre auseinandersetzt, insbesondere nicht auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG eingeht, mit der die herrschende Meinung den förmlichen Charakter der Verwaltungsverordnungen und somit auch der in den Verwaltungsverordnungen vorgesehenen Beschwerdeverfahren begründet.

120) Vgl. JERUSALEM, S. 96 f.; FORSTHOFF, S. 478.

121) OLG Celle - B. v. 12.1.1961 - 3 VAs 11/60; Kammergericht - B. v. 9.5.1960 - 1 Ws 110/60; OLG Bremen - B. v. 20.10.1960 - II AR 138/60; OLG Hamm - B. v. 14.11.1960 - 1 VerwS 1/60; OLG Hamm - B. v. 15.10.1961 - 1 VAs 13/61; OLG Schleswig - B. v. 2.5.1961 - 1 VAs 2/61; OLG Neustadt - B. v. 21.11.1961 - VAs 2/61.

§ 16: Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor Abschluß
des Beschwerdeverfahrens

Bei der Frage, ob ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig ist, bevor das gem. § 24 Abs. 2 EGGVG vorgesehene Vorverfahren stattgefunden hat, ist zu berücksichtigen, daß das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG dem der Verwaltungsgerichtsordnung sehr ähnlich ist. Dementsprechend sind bei dem Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG hinsichtlich der Frage nach dem Wesen des Vorverfahrens i.S. des § 24 Abs. 2 EGGVG die gleichen Erwägungen anzustellen wie sie bei dem Vorverfahren i.S. des § 68 VwGO erforderlich sind. ¹²²⁾

Nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 EGGVG kann ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung erst gestellt werden, wenn ein Vorverfahren vorausgegangen ist. Da zu einem Beschwerdeverfahren notwendigerweise auch der Beschwerdeentscheid gehört, könnte man der Ansicht sein, ein Beschwerdeverfahren sei nur vorausgegangen, wenn vor Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung ein Beschwerdeentscheid dem Antragsteller gegenüber erlassen worden ist. Diese Auslegung würde somit dazu führen, daß das vorausgegangene Beschwerdeverfahren Klagevoraussetzung bzw. i. S. der §§ 23 ff. EGGVG Antragsvoraussetzung wäre. Ein gestellter Antrag auf gerichtliche Entscheidung, zu dem kein Vorverfahren i.S. des § 24 Abs. 2 EGGVG stattgefunden hat bzw. abgeschlossen wurde, wäre als unzulässig zu verwerfen. Diese Auslegung des § 24 Abs. 2 EGGVG und des § 68 VwGO würde dem Wesen sowie dem Sinn und Zweck des Vorverfahrens nicht gerecht werden. Das Vorverfahren i.S. des Verwaltungsprozeßrechts hat drei Bedeutungen. Es soll

1. der Behörde die nochmalige Überprüfung ihrer Entscheidung ermöglichen und somit
2. dem Vorteil des Belasteten durch erweiterten Rechtsschutz dienen,

¹²²⁾ OLG Hamm - B. v. 19.12.1960 - 1 VerwS 3/60 in: JVerwBl. 1961/165 f.; OLG Bremen - B. v. 5.8.1961 - VAs 5/61.

3. eine Entlastung der Gerichte herbeiführen. 123)

Diesem Zweck des Vorverfahrens wird aber auch gerecht der Fall, daß ein Vorverfahren bis zur Erhebung der Klage bzw. bis zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG noch nicht abgeschlossen ist, sondern erst im Laufe des Verfahrens durchgeführt und abgeschlossen wird. 124)

Somit ist ein erfolglos durchgeführtes Vorverfahren i.S. des § 24 Abs. 2 EGGVG nicht Antragsvoraussetzung, sondern nur Entscheidungsvoraussetzung. Es genügt somit, wenn der auf Grund des Vorverfahrens ergehende Bescheid dem Gericht im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vorliegt, da nach allgemein anerkannten Regeln die Prozeßvoraussetzung im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen muß.

Wenn allerdings kein Vorverfahren eingeleitet ist und die Frist zur Beschwerde bzw. zum Widerspruch verstrichen ist, so ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unzulässig abzuweisen, somit durch Prozeßbeschluß.

Es empfiehlt sich für das Gericht folglich in den Fällen, in denen ein Vorverfahren noch nicht abgeschlossen ist, das Verfahren bis zum Abschluß des Vorverfahrens auszusetzen. Dies erscheint geboten aus Gründen der Prozeßökonomie, denn der Antragsteller könnte jederzeit, nachdem sein Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unzulässig abgewiesen worden ist, weil bis zur Entscheidung über seinen Antrag das Vorverfahren nicht abgeschlossen war, erneut Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen, dem nicht die Rechtskraft des Prozeßbeschlusses entgegenstände. Dieser Antrag wäre auch zulässig, wenn inzwischen das Vorverfahren zum Abschluß gebracht worden wäre. Ferner ist es durchaus möglich, daß die angefochtene Maßnahme auf die Be-

123) BVerwGE Bd. 4/204.

124) BETTERMANN, DVBl. 1959/308 ff.; EYERMANN-FRÖHLER, § 68 Rdn. 2; KLINGER, § 68 Anm. C 2; KOEHLER, § 68 Anm. A V 3; ULE, § 68 Anm. I = ULE (Lehrb.), S. 85 f. BVerwGE Bd. 4/204; OLG Hamm - B. v. 19. 12. 1960 - 1 VerwS 3/60 in: JVerwBl. 1961/165 f.; OLG Hamburg - B. v. 13. 2. 1961 - VAs 5/61; OLG Hamburg - B. v. 16. 5. 1961 - VAs 16/61; OLG Bremen - B. v. 5. 8. 1961 - VAs 5/61.

schwerde oder den Widerspruch des Betroffenen aufgehoben wird. Weder die §§ 23 ff. EGGVG noch die Vorschriften über die Beschwerde nach der StPO enthalten hierfür eine Bestimmung. § 94 VwGO, dessen Grundgedanke auf das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG angewendet werden kann, kann nicht eingreifen angesichts der klaren Grenzen seines Anwendungsbereiches. Gleichwohl wird eine Aussetzung bejaht.¹²⁵⁾ Es handelt sich somit wohl nicht um eine Aussetzung im technischen Sinne sondern eher um ein Aufschieben der Fällung der Entscheidung über den gestellten Antrag.

§ 17: Antrag auf gerichtliche Entscheidung und aufschiebende Wirkung

In den §§ 23 ff. EGGVG ist keine Bestimmung enthalten, nach der der Antrag auf gerichtliche Entscheidung aufschiebende Wirkung besitzt, d.h. daß der angefochtene Akt bis zur Entscheidung im Verfahren über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht vollzogen werden kann. Da jedoch "im übrigen" gem. § 29 Abs. 2 EGGVG auf das Verfahren vor dem Strafsenat die Bestimmung über die Beschwerde nach der StPO sinngemäße Anwendung finden, greift § 307 StPO ein.¹²⁶⁾

Hiernach besteht die Regel, daß die Einlegung einer Beschwerde nicht den Vollzug der angefochtenen Entscheidung hemmt.¹²⁷⁾ Gem. § 307 Abs. 2 StPO kann jedoch nach sinngemäßer Anwendung auf das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG die erlassende Behörde, die Widerspruchs- bzw. Beschwerdebehörde sowie das Gericht, das gem. § 25 EGGVG zuständig ist, die Vollziehung der angefochtenen Maßnahme aussetzen.

Es fragt sich jedoch, ob der Antrag, die Vollziehung einer Maßnahme auszusetzen, zulässig ist:

a) bevor gegen die Maßnahme Beschwerde bzw. Widerspruch eingelegt worden ist;

125) KOEHLER, § 68 Anm. A V 3; SCHUNCK-de CLERCK, (VGG) §17 Anm.4.

126) ALTENHAIN in: JVerw 1960/196; RÖHL in: NJW 1960/415; ULE, § 179 Anm. 8; VOGEL, S. 51.

127) Gegensätzlich dazu bestimmt § 80 Abs. 1 VwGO für das verwaltungsgerichtliche Verfahren, daß die Anfechtungsklage (und auch der Widerspruch) aufschiebende Wirkung besitzen.

b) bevor der Antrag auf gerichtliche Entscheidung über den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gestellt worden ist.

Fest steht, daß einmal die Vollzugsbehörde selbst die Vollziehung der getroffenen Maßnahme aufschieben kann. Ferner ist unstreitig die Widerspruchs- bzw. Beschwerdebehörde befugt, die Aussetzung der Vollziehung anzuordnen. Das ergibt sich aus der Aufsichtsfunktion der übergeordneten Behörde. Ferner ist als feststehend anzusehen, daß ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nur zulässig ist, solange die Maßnahme noch anfechtbar ist. ¹²⁸⁾

Hinsichtlich der Zulässigkeit eines Antrags gem. § 307 Abs. 2 StPO ist in dieser Bestimmung nichts ausgesagt.

Aus der Vergleichbarkeit des Verfahrens nach den §§ 23 ff. EGGVG und dem bei der Anfechtungsklage nach der VwGO ist jedoch die Frage der Zulässigkeit des Antrags auf Aussetzung der Vollziehung unter entsprechender Beachtung der Gesichtspunkte zu beantworten, die bei der Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsakts im Rahmen der Anfechtungsklage zu beachten sind. Hierzu bietet sich die Regelung des § 80 Abs. 5 VwGO an. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß grundsätzlich gem. § 307 Abs. 1 StPO die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung besitzt, ist somit aus den Grundgedanken zu folgern, daß der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung auch zulässig ist, wenn noch kein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt worden ist. Für die Anfechtungsklage ergibt sich das unmittelbar aus dem Gesetz. § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO besagt, der Antrag ist schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig. Diese Bestimmung wurde eingeführt, weil durch eine sofortige oder alsbaldige Vollziehung in umfassender Weise in die Rechtssphäre eingegriffen werden konnte, die Folgen aber evtl. nicht rückgängig gemacht werden konnten. Diese Gründe liegen in gleichem Umfang beim Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor. Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gem. § 307 Abs. 2 StPO ist somit auch als zulässig anzusehen, wenn er vor Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung erhoben wird.

128) KAROW in: NJW 1960/2087; KLINGER, § 80 Anm. E 6.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung auch dann als zulässig anzusehen ist, bevor Widerspruch oder Beschwerde erhoben worden ist.

Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird dies überwiegend bejaht ¹²⁹⁾ und zwar aus folgendem Grund: Einmal ist in § 80 Abs. 5 VwGO nicht vorgeschrieben, der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung sei nur nach Durchführung eines Vorverfahrens zulässig. Zum anderen ergibt sich aber gerade aus dem Gedanken des Rechtsschutzes, den § 80 Abs. 5 VwGO gegen eine sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes gewähren will, daß es Fälle geben kann, in denen zunächst die Anrufung der Beschwerde- bzw. Widerspruchsbehörde (z.B. wegen Zeitmangel) unmöglich ist. Daher ist zwar der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung vor Erhebung des Widerspruchs bzw. der Beschwerde als zulässig anzusehen, jedoch ist weiter ein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung zu prüfen. Die gleichen Gründe liegen bei dem Aussetzungsantrag nach § 307 Abs. 2 StPO vor. Der Antrag als solcher ist bereits vor Erhebung der Beschwerde bzw. des Widerspruchs zulässig. Es ist jedoch immer das besondere Rechtsschutzinteresse für den Aussetzungsantrag zu prüfen.

Ein solches Rechtsschutzinteresse für den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ist in der Regel zu verneinen, wenn von der Beschwerde- bzw. Widerspruchsbehörde die Aussetzung bereits bewilligt worden ist oder die Nichtvollziehung verbindlich zugesichert worden ist, ¹³⁰⁾ ferner wenn die Beschwerdebehörde noch rechtzeitig angegangen werden kann und nicht die Vollziehung unmittelbar bevorsteht. ¹³¹⁾

Die Aussetzung ist dann anzuordnen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen oder die sofortige Vollziehung nicht im öffentlichen Interesse liegt.

129) EYERMANN-FRÖHLER, § 80 Rdn. 41; KAROW in: NJW 1960/2087; SCHUNCK-de CLERCK, § 80 Anm. 5 d, bb.

130) SCHUNCK-de CLERCK, § 80 Anm. 5 d, cc.

131) KAROW in: NJW 1960/2087.

Der Antragsteller hat die den Aussetzungsantrag begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen. ¹³²⁾

Begründet ist folglich ein solcher Antrag in der Regel, wenn der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist. Jedoch darf das nicht so verstanden werden, daß "hinreichende Aussicht auf Erfolg" des Antrags auf gerichtliche Entscheidung Voraussetzung für einen Antrag nach § 307 Abs. 2 StPO ist. ¹³³⁾

Das oben aufgezeigte Ergebnis kann ferner durch § 27 Abs. 1 S. 2 EGGVG gestützt werden. Danach kann ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Falle der Untätigkeit einer Behörde vor Ablauf der in § 27 Abs. 1 S. 1 EGGVG bezeichneten Frist gestellt werden, wenn dies wegen besonderer Umstände des Falles geboten ist. Durch diese Bestimmung wird zwar nur die Antragsberechtigung für den Fall der Untätigkeit der Behörde schon vor Ablauf der Dreimonatsfrist begründet, der Gedanke des § 27 Abs. 1 S. 2 EGGVG ist jedoch auf den Fall des Antrags gem. § 307 Abs. 2 StPO entsprechend anwendbar. Unter "besonderen Umständen" ist somit nur ein spezielles Rechtsschutzinteresse zu verstehen, das nach den oben aufgezeichneten Grundsätzen (Eilbedürftigkeit etc.) zu entscheiden ist. ¹³⁴⁾

Die Aussetzung der Vollziehung gem. § 307 Abs. 2 StPO ist grundsätzlich durch Beschwerde anfechtbar (§ 304 Abs. 1 StPO), im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG jedoch nie. Das ergibt sich aus § 304 Abs. 4 StPO, nach dem gegen Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte (und des Bundesgerichtshofes) die Beschwerde nicht zulässig ist.

132) SCHUNCK-de CLERCK, § 80 Anm. 5 d, dd.

133) KLINGER, § 80 Anm. E 3 c; ULE, § 80 Anm. II 1.

134) Insofern kann dem Beschluß des Kammergerichts v. 9. 5. 1960 - 1 Ws 110/60 - nicht gefolgt werden. Das Gericht unterläßt es, das spezielle Rechtsschutzinteresse zu prüfen unter Verweisung darauf, daß das Vorverfahren (hier weitere Beschwerde) nicht durchgeführt worden ist. Es unterläßt aber die Prüfung, ob nicht über den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung entschieden werden muß, obwohl das erforderliche Vorverfahren nicht durchgeführt worden ist.

§ 18: Antragsfrist (§ 26 Abs. 1 EGGVG)

Nach der Vorschrift des § 26 Abs. 1 EGGVG kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur innerhalb eines Monats nach Zustellung oder schriftlicher Bekanntgabe des Bescheids oder, soweit ein Beschwerdeverfahren stattgefunden hat, nach Zustellung des Beschwerdebescheids gestellt werden. Für den Beginn der Frist ist somit der Zeitpunkt der Zustellung bzw. der schriftlichen Bekanntgabe des Bescheids maßgebend.¹³⁵⁾ Nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Bestimmung des § 26 Abs. 1 EGGVG läuft damit die Antragsfrist nur, wenn der Bescheid schriftlich bekanntgegeben oder zugestellt worden ist, nicht aber, wenn er nur mündlich dem Betroffenen erteilt wurde.

Der in diesem Zusammenhang zu erwähnenden Entscheidung des OLG Bremen¹³⁶⁾ ist nicht zu folgen. Danach soll ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur dann zulässig sein, wenn er sich gegen einen mit Begründung versehenen schriftlichen Bescheid richtet. Der Betroffene sei somit verpflichtet, im Beschwerdewege einen schriftlichen Bescheid zu erwirken, der dann die Grundlage für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung bilde. Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung des § 26 Abs. 1 EGGVG ist diese Rechtsauffassung haltbar. § 26 Abs. 1 EGGVG will keinesfalls eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung in der Form der Erforderlichkeit eines schriftlichen Bescheides für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung aufstellen, sondern regelt lediglich die Zulässigkeitsvoraussetzung: Antragsfrist und Antragsform.

Die vom OLG Bremen für seinen Standpunkt zitierte Auffassung von Eberhard SCHMIDT¹³⁷⁾ stützt die Entscheidung nicht, denn SCHMIDT sagt: Sind Bescheide ohne vorausgegangenes Beschwerdeverfahren erlassen, so kommt neben der förmlichen Zustellung auch schriftliche Bekanntgabe, keinesfalls aber mündliche Er-

135) Vgl. auch RÖHL, NJW 1960/415;

136) B. v. 20. 10. 1960 - II AR 138/60, in JVB1 1961/21 ff.;

137) Eberh. SCHMIDT, Teil III, Erläuterung I zu §§ 26, 27.

öffnung in Betracht, wobei m.E. zu ergänzen ist: um die Antragsfrist in Lauf zu setzen. Bei anderer Auslegung wäre auch die Auffassung SCHMIDTs a.a.O.: "§ 26 Abs. 1 EGGVG wird und muß sich dahin auswirken, daß die Behörden ihre Bescheide schriftlich abfassen" sehr unverständlich.¹³⁸⁾ Da somit bei nur mündlicher Bekanntgabe des Bescheids der Vollzugsbehörde an den Betroffenen nicht die Antragsfrist des § 26 Abs. 1 EGGVG zu laufen beginnt, vom Gesetz her eine solche nur mündlich bekannt gegebene Maßnahme folglich zeitlich unbeschränkt mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung angreifbar wäre, wird diese gesetzliche Folge dazu führen, daß die Vollzugsbehörden ihre Bescheide schriftlich den Gefangenen bekanntgeben, es sei denn, sie würden die Gefahren hinnehmen, die sich aus der zeitlich unbegrenzten Anfechtbarkeit ihrer Maßnahmen ergeben könnten.¹³⁹⁾

Zur Antragsfrist sind bislang verschiedene Entscheidungen ergangen, die sich z.T. widersprechen.

Das OLG Nürnberg¹⁴⁰⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß § 26 Abs. 1 EGGVG bei nur mündlicher Mitteilung von der Maßnahme dahin auszulegen sei, daß die Einmonatsfrist mit dem Zeitpunkt der mündlichen Bekanntgabe zu laufen beginne. Das OLG kommt aus folgenden Erwägungen zu diesem Ergebnis:

Wenn für den Fall der nur mündlichen Anordnung keine Frist für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom Gesetzgeber gewollt sei, so widerspräche das dem gesamten gesetzlichen System der Rechtsbehelfe. Es sei auch kein Grund für die Bevorzugung der mündlichen Anordnung vor der schriftlichen zu erblicken, denn es bestehe vielmehr ein Bedürfnis, den Rechtsbehelf gegen mündliche Anordnungen an eine kürzere Frist zu binden wegen der Flüchtigkeit des gesprochenen Worts und der Schwierigkeit seiner nachträglichen Fixierung.¹⁴¹⁾

Das OLG Hamm¹⁴²⁾ ist der Auffassung, daß eine dem Gefangenen lediglich mündlich eröffnete Verfügung nicht geeignet ist, die Monatsfrist des § 26 Abs. 1 EGGVG in Gang zu setzen und folgert

138) Wie hier auch ALTENHAIN, Anm. zu dem Beschluß des OLG Bremen a.a.O. in: JVerwBl. 1961/22 f.; im Ergebnis auch OLG Nürnberg - B. v. 27.7.1961 - VAs 5/61 in: JVerwBl. 1961/260.

139) Vgl. Eberh. SCHMIDT, a.a.O.

140) OLG Nürnberg - B.v. 27.7.1961 - VAs 5/61 JVB1. 1961/260.

141) Ebenso OLG Nürnberg - B.v. 20.9.1961 - VAs 3/61.

142) OLG Hamm - B.v. 7.8.1961 - 1 VAs 12/61 JVB1. 1961/262.

das aus dem Wortlaut des Gesetzes.

Schließlich hat das OLG Schleswig ¹⁴³⁾ entschieden, daß für die Fristwahrung ausschließlich § 26 Abs. 1 EGGVG maßgebend sei, die Bestimmung des § 197 Abs. 2 Vorl. StrVollzO, derzufolge der Gefangene die Beschwerdefrist wahrt, wenn er innerhalb der Woche darum bittet, die Beschwerde anzubringen, aber nur für das Beschwerdeverfahren innerhalb des Strafvollzuges gelte. Eine entsprechende Anwendung sei ausgeschlossen.

Der Entscheidung des OLG Nürnberg (a.a.O.) ist nicht zu folgen. Der Bundesrat hatte zunächst eine Fassung vorgeschlagen, nach der der Antrag auf gerichtliche Entscheidung innerhalb eines Monats nach Zustellung oder Bekanntgabe des Bescheids gestellt werden müsse. ¹⁴⁴⁾ Diese Bestimmung wurde in der vom Rechtsausschuß vorgeschlagenen Fassung abgeändert, ¹⁴⁵⁾ in dem Gesetz gewordenen Wortlaut des § 26 Abs. 1 EGGVG. Die gesetzliche Regelung, daß Zustellung oder schriftliche Bekanntgabe die Frist des § 26 Abs. 1 EGGVG in Gang setzen, ist zwar überraschend, denn für die Anfechtungsklage nach § 42 VwGO ist gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO geregelt, daß die Klagefrist im Falle, daß kein Widerspruchsverfahren stattgefunden hat, mit der Bekanntgabe (- also auch der mündlichen Bekanntgabe -) des Verwaltungsaktes zu laufen beginnt. Aus der Entstehungsgeschichte ist jedoch zu folgern, daß der Gesetzgeber keinem Irrtum unterlegen ist, oder keine Nachlässigkeit des Gesetzgebers vorliegt. Somit setzt nur die Zustellung oder die schriftliche Bekanntgabe, nicht auch die mündliche Bekanntgabe die Frist des § 26 Abs. 1 EGGVG in Lauf. Insofern ist dem oben angeführten Beschluß des OLG Hamm zuzustimmen. ¹⁴⁶⁾

§ 19: Fehlende Rechtsmittelbelehrung und Antragsfrist

In den §§ 23 ff. EGGVG ist keine Bestimmung enthalten, die besagt, daß die Frist, in der der Antrag auf gerichtliche Ent-

143) B. v. 23.2.1961 - 1 VAs 2/60.

144) Vgl. § 168 f. Abs. 1 des Entwurfs des VwGO Drucksache Nr. 55 des Bundestages 3. Wahlperiode 1957 S. 61.

145) Vgl. Protokoll der 56. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages S. 12.

146) So auch ALTENHAIN in: JVB1. 1961/260 f.

scheidung gestellt werden muß, nur dann zu laufen beginnt, wenn dem Betroffenen eine Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist. Insoweit fehlt eine dem § 58 VwGO entsprechende Vorschrift. Eine entsprechende Anwendung des § 58 VwGO auf das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG scheidet jedoch aus, obwohl diese Normen denen des Verwaltungsstreitverfahrens nachgebildet worden sind. Nach § 29 Abs. 2 EGGVG finden "im übrigen", d.h. sofern in den §§ 23 ff. EGGVG keine Regelungen enthalten sind, ¹⁴⁷⁾ auf das Verfahren vor dem Strafsenat die Vorschriften der StPO über das Beschwerdeverfahren sinngemäße Anwendung. So kommt eine entsprechende Anwendung des § 35 a StPO in Betracht. ¹⁴⁸⁾

Hiernach ist eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen, wenn eine Entscheidung bekanntgemacht wird, die durch ein befristetes Rechtsmittel angefochten werden kann. Gegen eine sinngemäße Anwendung des § 35a StPO über § 29 Abs. 2 EGGVG wird von ALTEN-HAIN ¹⁴⁹⁾ angeführt, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kein Rechtsmittel sei. Es schadet aber nicht, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kein Rechtsmittel i.S. der StPO ist, denn da die §§ 23 ff. EGGVG weitgehend dem Verwaltungsstreitverfahren nachgebildet sind, kommt es vielmehr, weil der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Grund kein Aliud zur Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO ist, auf den Sinn und Zweck des Antrags auf gerichtliche Entscheidung an. Sinn und Zweck des Antrags auf gerichtliche Entscheidung ist die Überprüfbarkeit einer Vollzugsmaßnahme. Dem entspricht somit der Sinn und Zweck der Anfechtungsklage im Bereich der gesamten nicht Vollzugsfragen betreffenden Verwaltung. Zwar sieht die VwGO die Anfechtungsklage nicht als Rechtsmittel an, sondern als anderen Rechtsbehelf, läßt aber die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage nur dann zu laufen beginnen, wenn der Betroffene über die Frist für ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf belehrt worden ist. ¹⁵⁰⁾ Da das wesentlichste Mittel,

147) Vgl. OLG Hamburg - B.v.24.10.1961 - VAs 48/61 - JVB1.1962/18.

148) Insofern unrichtig: STICH, DÖV 1960/370.

149) JVerwBl. 1960./ 195.

150) Vgl. KLINGER, § 58 Anm. B; ULE, § 58 Anm. I.

gegen eine Vollzugsmaßnahme vorgehen zu können, der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist, auf der anderen Seite die Anfechtungsklage nach § 42 VwGO das wesentlichste Mittel ist, gegen einen Verwaltungsakt vorzugehen, wäre insofern für § 35a StPO eine extensive Auslegung geboten. § 35a StPO wäre somit nach sinngemäßer extensiver Auslegung folglich bei den Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG so zu lesen: Bei der Bekanntmachung einer Maßnahme, die durch ein befristetes Rechtsmittel oder einen anderen befristeten Rechtsbehelf angefochten werden kann ...

Eine entsprechende Anwendung des § 35a StPO scheidet auch nicht, wie STICH ¹⁵¹⁾ und ALTENHAIN ¹⁵²⁾ vertreten, deswegen aus, weil sonst die Vollzugsbehörden in jedem Einzelfall prüfen müßten, ob die Maßnahme ein Justizverwaltungsakt i.S. des § 23 Abs. 1 EGGVG ist. Diese Ansicht ist nicht zutreffend, denn die Mitteilung, welche Klage "zulässig" ist, betrifft nur die "Statthaftigkeit", also die Frage, welche Klage an sich gegeben ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie in concreto zulässig ist. Die Rechtsmittelbelehrung verhält sich somit nicht darüber, ob die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind.

Ferner spricht nicht gegen eine entsprechende Anwendung des § 35a StPO, daß die Verwaltungsbehörde in einem solchen Fall prüfen müßte, ob der Gefangene durch die Maßnahme in seinen Rechten verletzt ist. Dieses Argument führt ALTENHAIN ¹⁵³⁾ gegen eine entsprechende Anwendung des § 35a StPO ein. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen, denn sie beruht auf einer Verkennung des Wesens der Rechtsmittelbelehrung. Die Rechtsmittelbelehrung soll den Betroffenen nur in den Stand setzen, das gegen die gegen ihn ergangene Maßnahme gesetzlich vorgesehene Rechtsmittel erheben zu können. Die Behörde braucht dabei nicht zu prüfen, ob die Maßnahmen ihn in seinen Rechten verletzt haben. Das ist vielmehr eine Prüfung, die dem Gericht bei der Entscheidung über die Begründetheit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung vorzunehmen hat.

151) STICH in: DÖV 1960/370.

152) ALTENHAIN in: JVerwBl. 1960/195.

153) ALTENHAIN in: JVerwBl. 1960/195.

Gegen eine sinnngemäße Anwendung des § 35a StPO spricht jedoch § 29 Abs. 2 EGGVG selbst. Denn die Vorschriften des Beschwerdeverfahrens nach der StPO finden nur sinnngemäße Anwendung auf das Verfahren vor dem Strafsenat des OLG. Die Frage, ob eine Rechtsmittelbelehrung erfolgen muß, kann somit gar nicht unter sinnngemäßer Anwendung des § 35a StPO beantwortet werden, denn § 35a StPO regelt nur, daß die Gerichte bei Entscheidungen, die mit befristeten Rechtsmitteln anfechtbar sind, eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen haben. Dieses kann aber gar nicht im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG eingreifen, weil es kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des OLG gibt. Hier war aber zu prüfen, ob die Vollzugsbehörde unter entsprechender Anwendung des § 35a StPO eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen hat, also bevor ein Verfahren vor dem Strafsenat des Oberlandesgerichts in Gang gesetzt wird. Da über § 29 Abs. 2 EGGVG nur die Vorschriften über das Beschwerdeverfahren sinnngemäße Anwendung finden auf das Verfahren vor dem Strafsenat, ist eine sinnngemäße Anwendung auf das behördliche Verfahren grundsätzlich ausgeschlossen. ¹⁵⁴⁾

Da somit eine Rechtsmittelbelehrung für die Behörde, die die Maßnahme erlassen hat, weder direkt in den §§ 23-30 EGGVG noch indirekt über die Normen des § 29 Abs. 2 EGGVG vorgeschrieben ist, kann auch, wenn eine Rechtsmittelbelehrung nicht erteilt wird, die Frist des Rechtsmittels - hier die Frist des Antrags auf gerichtliche Entscheidung - gem. § 26 Abs. 1 EGGVG in Lauf gesetzt werden. ¹⁵⁵⁾

154) Im Ergebnis auch ROTTHAUS, Zeitschr. f. Strafvollzug, 1961/285. Allerdings kann aus § 35a StPO nicht - wie ROTTHAUS ausführt - der allgemeine Grundsatz hergeleitet werden, daß die Rechtsmittelfrist nur bei entsprechender Rechtsmittelbelehrung des Gefangenen zu laufen beginnt. Das ergibt sich aus § 44 S. 2 StPO. Nach dieser Bestimmung ist es als unabwendbarer Zufall anzusehen, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigt, wenn eine Belehrung nach § 35a StPO unterblieben ist. Das zeigt jedoch, daß die Frist sehr wohl trotz Nichterteilung einer Rechtsmittelbelehrung zu laufen beginnt, denn eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist begrifflich (vgl. auch Wortlaut des Gesetzes § 44 StPO) nur dann gegeben, wenn eine Frist versäumt ist. Das setzt wiederum voraus, daß die Frist überhaupt zu laufen begonnen hat.

155) So auch im Ergebnis OLG Hamburg - B. v. 24. 10. 1961 - VAS 48/61 - JVB1. 1962/18 f.

Nach alledem kann der Entscheidung des OLG München ¹⁵⁶⁾ nicht zugestimmt werden, nach der die Monatsfrist des § 26 Abs. 1 EGGVG gewahrt sein soll, wenn der Antragsteller einen Monat, nachdem ihm die Möglichkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung bekanntgegeben wurde, den Antrag stellt, denn diese Entscheidung geht davon aus, daß die Frist des § 26 Abs. 1 EGGVG nur in Lauf gesetzt wird, wenn eine Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist.

Etwas anderes könnte sich für das Land Hamburg ergeben. Im Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung ¹⁵⁷⁾ wird in § 6 bestimmt, daß Verwaltungsakte, zu denen auch Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörde im Vollzug von Freiheitsstrafen usw. gehören, in einem Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) nachgeprüft werden. § 6 Abs. 3 des hamb. AGVwGO regelt, daß für das Widerspruchsverfahren die §§ 69-73 Abs. 1 S. 1, 73 Abs. 3 und 80 Abs. 4 der VwGO gelten. Somit gilt über §§ 6 Abs. 3 hamb. AGVwGO, 70 Abs. 2 VwGO, der wiederum den § 58 VwGO entsprechende Anwendung finden läßt. Hinsichtlich des Widerspruchsbescheids gilt also, daß der Verwaltungsakt der Behörde mit Rechtsmittelbelehrung versehen sein muß, um die Widerspruchsfrist i.S. der §§ 70 Abs. 2, 58 VwGO in Lauf zu setzen. Da in § 6 AG VwGO aber nur die oben angeführten Bestimmungen der VwGO auf das Widerspruchsverfahren Anwendung finden, also auf das Vorverfahren i.S. des § 24 Abs. 2 EGGVG, nicht aber für das Verfahren beim Antrag auf gerichtliche Entscheidung, greift § 58 VwGO auch nicht Platz bei der Frage nach dem Beginn der Frist i.S. des § 26 Abs. 1 EGGVG. Insofern gilt für Hamburg das gleiche, was im allgemeinen ausgeführt wurde. ¹⁵⁸⁾

§ 20: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 26 Abs. 2-4 EGGVG)

Nach den Bestimmungen des § 26 Abs. 2-4 EGGVG ist dem Antragsteller Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn

156) B. v. 16. 10. 1961 - VAs 5/61.

157) Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. Januar 1960, v. 29. März 1960 Hamb. GVBl. Teil I Nr. 16 S. 291 ff.

er ohne sein Verschulden die Frist zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung versäumt hat.

Durch diese Vorschrift werden die Nachteile, die dadurch entstehen könnten, daß eine Rechtsmittelbelehrung unterblieben ist und trotzdem die Frist zur Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung (§ 26 Abs. 1 EGGVG) zu laufen begonnen hat und eventuell verstrichen ist, aufgehoben.

§ 26 Abs. 2-4 EGGVG stimmt fast wörtlich mit § 60 Abs. 1-3 VwGO überein. Die entsprechende Vorschrift der StPO, § 44 StPO, besagt im Grunde dasselbe. Es fragt sich aber, ob § 44 S. 2 StPO gem. § 29 Abs. 2 EGGVG auf das Verfahren vor dem Strafsenat entsprechende Anwendung findet, wenn dort gesagt ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann beantragt werden, wenn der Antragsteller durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der Fristwahrung verhindert worden ist. Nach § 44 S. 2 StPO ist als unabwendbarer Zufall i.S. des § 44 S. 1 StPO anzusehen, wenn der Antragsteller von einer Zustellung ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hat oder die Rechtsmittelbelehrung (nach §§ 35a, 319 Abs. 3, 346 Abs. 2 S. 3 StPO) unterblieben ist.

Dieser Standpunkt wird von verschiedenen Oberlandesgerichten vertreten.¹⁵⁹⁾ Eine entsprechende Anwendung des § 44 S. 2 StPO ist jedoch aus folgenden Gründen abzulehnen:

Zwar sind über § 29 Abs. 2 EGGVG die Vorschriften des Beschwerdeverfahrens der StPO auf das Verfahren vor den Strafsenaten anzuwenden. § 44 S. 2 StPO gilt auch für das Beschwerdeverfahren der StPO. Die Beschwerdevorschriften sind aber nur "im übrigen" anzuwenden, d.h. sofern die Vorschriften der §§ 23-30 EGGVG keine Regelungen für das Verfahren enthalten. Dem Oberlandesgericht Hamburg¹⁶⁰⁾ ist nicht zu folgen, wenn es argumentiert, der Gesetzgeber sei sich bei der Regelung der §§ 23-30 EGGVG darüber im klaren gewesen, daß er mit diesen Bestimmungen keine abschließende Regelung habe treffen wollen

159) Vgl. OLG Hamburg - B. v. 24.10.1961 - VAs 48/61 - JVB1. 1962 S. 18 f.; OLG Bremen - B. v. 6.4.1961 - VAs 1/61. Wohl auch WIECZOREK, § 26 Anm. B I.

160) B. v. 24. 10. 1961 - VAs 48/61 - JVerwBl. 1962/18 f.

oder können; deshalb sei die gesetzliche Regelung des § 26 Abs. 2-4 EGGVG ergänzungsbedürftig durch sinnngemäße Anwendung des § 44 S. 2 StPO. Dem widerspricht einerseits die Ausführlichkeit der Regelung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, zum andern, und das ist das wesentliche Argument gegen die oben zitierten Entscheidung und Meinungen, entspricht die Regelung im § 26 Abs. 2-4 EGGVG fast wörtlich der Regelung des § 60 Abs. 1-3 VwGO. Daraus, daß der Gesetzgeber die gleiche Formulierung für beide Verfahrensarten gewählt hat und ferner bislang niemand die Regelung im § 60 Abs. 1-3 VwGO als "Grundzüge des Wiedereinsetzungsverfahrens für das Verwaltungsstreitverfahren" bezeichnet hat und auch wohl nicht bezeichnen kann, ist zu folgern, daß § 26 Abs. 2-4 EGGVG eine abschließende Regelung enthalten, so daß eine sinnngemäße Anwendung des § 44 S. 2 StPO nicht in Betracht kommt. ¹⁶¹⁾

Diese Argumentation soll aber nicht besagen, daß den oben angeführten Entscheidungen nicht im Ergebnis zu folgen ist. Dem Antragsteller ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn er ohne Verschulden die Frist versäumt hat, d.h. der Antragsteller muß die einem gewissenhaften Antragsteller gebotene und ihm auch nach den gesamten Umständen zumutbare Sorgfalt gewahrt haben. ¹⁶²⁾

Den Antragsteller trifft dann kein Verschulden, wenn der Grund, auf dem die Nichteinhaltung der Frist des § 26 Abs. 1 EGGVG beruht, im Verantwortungsbereich der Vollzugsbehörde liegt, so etwa wenn die Frist wegen eines zwar rechtzeitig schriftlich vom Antragsteller abgefaßten Antrags auf gerichtliche Entscheidung deswegen nicht eingehalten wird, weil es die Behörde unterläßt, den Antrag zeitgemäß weiterzuleiten. ¹⁶³⁾

Ferner hat der Antragsteller dann nicht die Versäumung der Frist verschuldet, wenn ihm keine Rechtsmittelbelehrung er-

161) Vgl. ferner § 26 Abs. 4 EGGVG im Zusammenhang mit § 45 StPO, woraus sich ergibt, daß § 45 StPO und somit auch § 44 StPO nicht sinnngemäße Anwendung finden kann.

162) BVerwG in: DÖV 1956/125.

163) So auch RÖHL in: NJW 1960/415; OLG Hamm - B. v. 24.2.1961 - 1 VerwS 4/60 - JVB1. 1961/188 f.

teilt wurde. ¹⁶⁴⁾ Das ergibt sich aus folgendem: wenn im Gesetz eine Rechtsmittelbelehrung zwingend vorgeschrieben ist, wie z.B. im § 59 VwGO, §§ 35a, 171 StPO, § 30 OWiG i.V. mit §§ 35a, 40 StPO, so knüpft das Gesetz für den Fall, daß eine Rechtsmittelbelehrung unterblieben ist, daran die Folge, daß entweder die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnt (wie in § 58 Abs. 1 VwGO, § 172 Abs. 1 S. 3 StPO) oder aber die fehlende Rechtsmittelbelehrung ein Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist (§ 44 StPO). Dieses ist aus dem Grunde erfolgt, um den Betroffenen hinreichend vor staatlichen Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre zu schützen. Dieser Schutz wäre nämlich nicht gewährleistet, wenn der Akt unanfechtbar würde, ohne daß der Betroffene Kenntnis von den Möglichkeiten hat, gegen den Akt vorzugehen. Aus der Ähnlichkeit und somit Vergleichbarkeit der Interessenlage im Verwaltungsstreitverfahren einerseits und dem Beschwerdeverfahren der StPO andererseits ist es daher gerechtfertigt, den Fall der unterlassenen Rechtsmittelbelehrung als Grund für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzusehen. ¹⁶⁵⁾

Jedoch kann trotz unterlassener Rechtsmittelbelehrung nicht schlechthin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden. Sofern der Antragsteller - etwa aus vorangegangenen Verfahren - Kenntnis von den Form- und Fristanforderungen des Rechtsmittels besitzt, kann er nicht durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unterlassener Rechtsmittelbelehrung geschützt werden, weil er nicht als schutzwürdig angesehen werden kann, wenn die unterlassene Rechtsmittelbelehrung ohnehin für ihn keine "Belehrung" beinhaltet hätte.

Dem Antragsteller ist jedoch das Verschulden seines Bevollmächtigten bei der Fristversäumnis zuzurechnen. Dies ist daraus zu schließen, daß § 62 der Regierungsvorlage zur VwGO, nach dem das Verschulden des Bevollmächtigten nicht als Verschulden eines Beteiligten gelten sollte, vom Rechtsausschuß des Bundestages gestrichen worden ist, mit der Begründung ¹⁶⁶⁾, der in

164) STICH in: DÖV 1960/370; RÖHL in: NJW 1960/414; OLG Bremen - B. v. 14.6.1961 - VAs 8 u. 9/61.

165) So auch im Ergebnis ROTHHAUS, Zeitschr. f. Str. Vollz. 1961/205;

166) ULE, DVBl. 1960/3 f;

der Regierungsvorlage vorgesehene Grundsatz gelte in dieser Allgemeinheit nicht einmal im Strafverfahren.¹⁶⁷⁾ Da im Strafverfahren viel intensiver in die Persönlichkeitssphäre einer Person eingegriffen werden kann als im Verwaltungs- und Verwaltungsstreitverfahren, im Strafverfahren aber nicht einmal in jedem Fall das Verschulden des Bevollmächtigten dem Betroffenen zugerechnet wird, so haben - bedingt durch die Ähnlichkeit der Verfahrensarten - die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsstreitverfahrens, nach denen das Verschulden eines Bevollmächtigten dem von ihm vertretenen Beteiligten zuzurechnen ist, auch zu gelten im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG.¹⁶⁸⁾

Weitere Beispiele für Wiedereinsetzungsgründe wegen amtlichen Verschuldens:

Die Behörde erteilt eine Rechtsmittelbelehrung. Diese ist aber falsch.¹⁶⁹⁾

Der Gefangene beantragt einen Sonderbrief zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung. Dieser wird ihm aber überhaupt nicht oder verspätet genehmigt.¹⁷⁰⁾

Der Sonderbrief wird zwar rechtzeitig zur Post gegeben, die Post versäumt jedoch eine rechtzeitige, mögliche Zustellung.¹⁷¹⁾

Weitere Beispiele für Wiedereinsetzungsgründe, die in der Person des Antragstellers begründet sind:

Wenn kein Nachtbriefkasten beim Oberlandesgericht oder dem zuständigen Amtsgericht vorhanden ist, der Antragsteller das aber wußte oder wissen mußte.¹⁷²⁾

Eine Erkrankung des Antragstellers ist nur dann als Wiedereinsetzungsgrund anzusehen, wenn er keine andere Person mit der Antragstellung beauftragen konnte.¹⁷³⁾

167) Vgl. die Zusammenstellung bei LÖWE-ROSENBERG § 44 Anm. 13 d; SCHMIDT, § 44 Rdn. 13;

168) So auch BAUMBACH-LAUTERBACH, § 26 EGGVG, Anm. 4 A; WIECZOREK, § 26 EGGVG Anm. B I.

169) RGSt 53/335 f.

170) Rspr. RGStr. Bd. 1/179.

171) BGH in: NJW 1953/824.

172) BGH in: NJW 1957/750.

173) Bay. VGH in: DÖV 1952/314.

Verschuldet ist die Fristversäumnis, wenn der Antragsteller erst am letzten Tag den Antrag stellt, einen Sonderbrief zwecks Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung zu erhalten und der den Antrag enthaltende Sonderbrief erst nachmittags am Tage vor Fristablauf abgeht (h.M.). ¹⁷⁴⁾

In der Regel ist für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein Antrag erforderlich (§ 26 Abs. 2 EGGVG). Der Wiedereinsetzungsantrag kann entweder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gestellt werden.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 26 Abs. 3 S. 1 EGGVG). Die Zweiwochenfrist beginnt zu laufen mit dem Zeitpunkt, in dem das Hindernis beseitigt ist oder durch Verschulden des Antragstellers nicht beseitigt wurde. ¹⁷⁵⁾

Zur Begründung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muß der Antragsteller Tatsachen vorbringen, die glaubhaft machen, daß die Fristversäumnis nicht durch Verschulden des Antragstellers eingetreten ist.

Glaubhaftmachung i.S. des § 26 Abs. 3 S. 2 EGGVG bedeutet nur den Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit. ¹⁷⁶⁾ Es wird also nicht der Beweis, also die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit gefordert. Die Glaubhaftmachung kann im Wege jedes geeigneten Beweismittels erfolgen, evtl. sogar der Versicherung an Eides statt.

Gem. S. 3 des § 26 Abs. 3 EGGVG ist die versäumte Rechtshandlung innerhalb der Zweiwochenfrist nachzuholen. Unterläßt der Antragsteller, die Rechtshandlung innerhalb der Frist nachzuholen, so ist sein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unzulässig abzuweisen. ¹⁷⁷⁾ Wird aber die versäumte

174) Vgl. KLEINKNECHT-MÜLLER, § 44 Anm. 3.

175) BGH in: NJW 1952/469.

176) KLINGER, § 60 C 2.

177) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 26 EGGVG Anm. 4 A; KLINGER, § 60 Anm. C 1.

Rechtshandlung innerhalb der Zweiwochenfrist nachgeholt, so braucht kein Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt zu werden. Gem. § 26 Abs. 3 S. 4 EGGVG genügt es, wenn sich aus dem Zusammenhang ergibt, daß der Antragsteller Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt. Daß § 26 Abs. 3 S. 4 EGGVG auch dann gelten muß, wenn bereits vor Wegfall des Hindernisses die versäumte Rechtshandlung nachgeholt wird, ist zu bejahen. ¹⁷⁸⁾

Nach § 26 Abs. 4 EGGVG ist nach einem Jahr seit Versäumung der Rechtshandlung ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht mehr möglich. Abs. 4 schafft eine Ausschlußfrist, durch die, abgesehen von dem Fall der in § 26 Abs. 4 EGGVG aufgeführten höheren Gewalt als Hinderungsgrund für die Wahrung der Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ¹⁷⁹⁾ die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unzulässig wird. Die Jahresfrist des § 26 Abs. 4 EGGVG beginnt mit dem Tage, nach dem die Monatsfrist des § 26 Abs. 1 EGGVG abgelaufen ist.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist dem Antragsteller nach Ablauf des Jahres nur zu gewähren, wenn es ihm bei äußerster nach Lage der Sache vom Antragsteller zu erwartender Sorgfalt nicht möglich gewesen ist, innerhalb des Jahres den Wiedereinsetzungsantrag zu stellen. Wird der Antrag auf Wiedereinsetzung abgelehnt, so ist trotz § 46 Abs. 3 StPO wegen § 304 Abs. 4 StPO kein Rechtsmittel gegen diesen Beschluß zulässig.

Zum Abschluß ist somit zu sagen: Zwar ist in den §§ 23-30 EGGVG keine Rechtsmittelbelehrung vorgesehen und eine sinngemäße Anwendung der §§ 59 VwGO und 35a StPO kommt nicht in Betracht. Die Antragsfrist läuft auch trotz fehlender Rechtsmittelbelehrung mit Bekanntgabe oder Zustellung des Bescheides. Eine fehlende Rechtsmittelbelehrung ist aber als Grund für die Wieder-

178) Vgl. den Beschluß des OLG Hamburg v. 24.10.1961 - VAs 48/61 -; in dem Fall war die Rechtsmittelbelehrung unterblieben und der Gefangene stellte Antrag auf gerichtliche Entscheidung, ohne eine Rechtsmittelbelehrung erhalten zu haben.

179) Insofern liegt eine Abweichung von § 45 StPO vor. Danach ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zeitlich unbegrenzt zulässig, denn es fehlt eine dem § 26 Abs. 4 EGGVG entsprechende Bestimmung.

einsetzung in den vorigen Stand gem. § 26 Abs. 2-4 EGGVG anzusehen, sofern dem Antragsteller die Fristen zur Rechtsmittel-einlegung nicht bekannt waren. Wenn also die Vollzugsbehörde anstrebt, daß die von ihr gegen einen Gefangenen erlassene Anordnung, Verfügung oder sonstige Maßnahme unabänderbar durch eine gerichtliche Entscheidung wird - dieses kann verhindert werden durch die direkten Rechtsbehelfe der Beschwerde und des Widerspruchs, sowie des Antrags auf gerichtliche Entscheidung oder durch den indirekten Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand -, so wird sie zweckmäßigerweise bei Erlaß von Anordnungen gegen einen Gefangenen eine Rechtsmittelbelehrung erteilen. ¹⁸⁰⁾

Ferner ist zu bedenken, daß die Akte im Strafvollzug in der Regel sofort vollzogen werden und daher fast durchweg keinen oder nur einen beschränkten Niederschlag in den Vollzugsakten finden. Die Vollzugsbehörde wird somit eventuell gezwungen, eine Maßnahme und die Gründe, die zu ihr führten, aus dem Gedächtnis der Vollzugsbeamten zu rekonstruieren, wenn nach Monaten ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung in Verbindung mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt wird. Dieses wirkt sich insbesondere hinsichtlich der Beweislastfrage aus. ¹⁸¹⁾ Wenn aber eine Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist, sieht sich die Vollzugsbehörde diesen Nachteilen mit Ablauf eines Monats nicht mehr ausgesetzt, da dann die Rechtskraft des Verwaltungsaktes eintritt. ¹⁸²⁾

180) Vergl. dazu PETERS, S. 493;

181) Vergl. zur Beweislastfrage unten § 34;

182) Vergl. ROTTHAUS, Zeitschr. f. Strafvollz. 1961/205; zur Art der Rechtsmittelbelehrung vergl. ROTTHAUS a.a.O. S. 206; er schlägt vor, die Rechtsmittelvorschriften in die "Verhaltensvorschriften der Strafgefangenen aufzunehmen; dieser Verfahrensweise wird zugestimmt.

III.

§ 21: Besonderheiten zur Verpflichtungsklage

Ein Verpflichtungsantrag ist als unzulässig abzuweisen, wenn der beantragte Verwaltungsakt inzwischen erlassen worden ist.¹⁸³⁾

Während die Verpflichtungsklage in der Form der Weigerungsklage die Einhaltung der Frist des § 26 Abs. 1 EGGVG und, sofern die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 EGGVG vorliegen, die Durchführung eines Vorverfahrens erfordert, ist dies bei der Verpflichtungsklage in der Form der Untätigkeitsklage nicht erforderlich.

Gem. § 27 Abs. 1 EGGVG kann nämlich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt werden, wenn die Behörde einen Antrag ohne zureichenden Grund nicht innerhalb von drei Wochen beschieden hat.

Zwar fehlt im § 27 Abs. 1 EGGVG eine dem § 75 VwGO entsprechende Wendung (§ 75 VwGO: ... die Klage ist abweichend von § 68 VwGO zulässig), so daß es fraglich erscheinen könnte, ob ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Falle der Untätigkeit der Vollzugsbehörde gestellt werden kann, ohne daß ein Vorverfahren eingehalten worden ist. Aus der Formulierung "auch zulässig" ergibt sich aber, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung in den Fällen des § 27 Abs. 1 EGGVG zulässig sein soll, ohne daß ein Vorverfahren durchgeführt worden ist, denn sonst hätte das Wort "auch" keine Bedeutung. Es kann sich nur auf das Vorverfahren beziehen, denn daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei Untätigkeit der Behörde an sich zulässig ist, wird bereits im § 23 Abs. 2 EGGVG geregelt. Zulässigkeitserfordernis des Antrags auf gerichtliche Entscheidung im Falle der Untätigkeit der Behörde ist jedoch, daß die Behörde bis zum Zeitpunkt der Antragstellung ohne zureichenden Grund nicht entschieden hat.¹⁸⁴⁾ Bei der Beurteilung, ob ein zu-

183) So auch OLG Hamburg - B. v. 15. 9. 1961 - VAs 31/61.

184) Drucksache Nr. 56 Rechtsausschuß des B-Tages S. 13 f;
BAUMBACH-LAUTERBACH, § 27 Anm. 2;

reichender Grund für eine verspätete Bearbeitung einer Beschwerde oder eines Antrags auf Erlass eines Verwaltungsaktes vorliegt, sind die Geschäftsbelastung der Behörde, die Schwierigkeiten bei der Ermittlung und bei der Beschaffung von Unterlagen, aber auch das Interesse des Betroffenen an einer alsbaldigen Entscheidung über seine Beschwerde oder seinen Antrag zu berücksichtigen. ¹⁸⁵⁾

Der Antrag ist grundsätzlich erst zulässig, wenn drei Monate seit Stellung des Antrags, eine Maßnahme zu treffen, oder seit Einlegen der Beschwerde verstrichen sind, ohne daß darüber entschieden worden ist. Vor Ablauf von drei Monaten ist der Antrag somit unzulässig, jedoch kann er nach Ablauf der Dreimonatsfrist wiederholt werden.

Vor Ablauf der Dreimonatsfrist ist der Antrag nur zulässig (§ 27 Abs. 1 S. 2 EGGVG), wenn die vorzeitige Entscheidung für den Antragsteller besonders dringend ist, vor allem wenn dem Betroffenen durch Einhaltung der Dreimonatsfrist unverhältnismäßige Nachteile erwachsen. ¹⁸⁶⁾ Die Eilbedürftigkeit ist darzulegen und auf Anforderung des Gerichts - mangels gesetzlicher Bestimmung - glaubhaft zu machen. ¹⁸⁷⁾

Sofern das Gericht zu der Überzeugung gelangt, daß ein zureichender Grund dafür vorlag, daß die Behörde noch nicht entschieden hat, wird das Verfahren unter Setzung einer Frist, binnen deren über den Antrag oder die Beschwerde entschieden werden muß, ausgesetzt (§ 27 Abs. 2 S. 1 EGGVG). Diese Frist kann verlängert werden. Das Gericht kann auch vor Ablauf der Frist diese kürzen, wenn die Sach- oder Rechtslage sich inzwischen geändert hat und dadurch der zureichende Grund für die Untätigkeit entfallen ist. ¹⁸⁸⁾ Wenn innerhalb der gesetzten Frist die Vollzugsbehörde den beantragten Verwaltungs-

185) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 27 Anm. 2;

186) EYERMANN-FRÖHLER, § 75 Rdn. 7; SCHMIDT, §§ 26, 27 EGGVG Rdn. 6; KG - B. v. 12. 6. 1961 - 1 Ws 139/61;

187) WIECZOREK, § 27 EGGVG Anm. A II a 1;

188) EYERMANN-FRÖHLER, § 75 Rdn. 8.

akt erläßt oder der Beschwerde stattgibt, so ist gem. § 27 Abs. 2 S. 2 EGGVG die Hauptsache für erledigt zu erklären, da die Beschwerde weggefallen ist. Falls der beantragte Verwaltungsakt endgültig abgelehnt wird oder die Beschwerde zurückgewiesen wird, so bleibt es bei der Möglichkeit eines Antrages auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG.

Nach Abs. 3 des § 27 EGGVG ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur zulässig innerhalb eines Jahres, von dem Zeitpunkt an gerechnet, an dem die Beschwerde eingelegt oder der Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts gestellt worden ist.

Die Frist des Abs. 3 ist eine Ausschlußfrist¹⁸⁹⁾. Somit ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht möglich. Das folgt schon daraus, daß er ausnahmsweise nach Ablauf der Jahresfrist nur dann als zulässig erachtet wird, wenn die Antragstellung innerhalb der Frist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder unter den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls unterblieben ist. Hierunter ist aber nicht der Fall zu fassen, daß die Vollzugsbehörde infolge notwendiger über ein Jahr sich hinziehender Ermittlungen keine Entscheidung trifft.¹⁹⁰⁾

§ 22: Einstweilige Anordnung

In den §§ 23 - 30 EGGVG ist keine Bestimmung enthalten, nach der schon vor Klageerhebung eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand getroffen werden kann, wenn die Gefahr besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 VwGO). Im Verfahren vor dem Zivilsenat ist § 24 EGG entsprechend anzuwenden.¹⁹²⁾ Nach dieser Bestimmung kann das Beschwerdeverfahren vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung

189) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 27 EGGVG Anm. 4; EYERMANN-FRÖHLER, § 76 Rdn. 12.

190) A.A. BAUMBACH-LAUTERBACH, § 27 EGGVG Anm. 4, der sich auf die Entscheidung des BFinH in NJW 1959§1339 beruft; diese Entscheidung befaßt sich jedoch mit der Frage des "zureichenden Grundes".

192) ULE, § 179 Anm. 8 a.E.;

erlassen. In den Vorschriften der StPO über das Beschwerdeverfahren, die im übrigen gem. § 29 Abs. 2 EGGVG auf das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG sinnngemäße Anwendung finden, ist keine Bestimmung enthalten, nach der eine einstweilige Anordnung als zulässig angesehen werden kann. Es fragt sich nunmehr, ob eine Lücke im Gesetz vorliegt oder ob der Gesetzgeber bewußt im Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG keine einstweilige Anordnung gewähren wollte.

Zunächst muß festgestellt werden, daß eine einstweilige Anordnung i.S. des § 123 VwGO nur dann im Verwaltungsstreitverfahren zu erlassen ist, wenn die Hauptsache eine Leistungsklage ist. Ist die Hauptsache dagegen eine Anfechtungsklage, so ist nur der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs statthaft.

Im Beschwerdeverfahren der StPO wendet sich der Beschwerdeführer gegen Eingriffe in seine Rechtssphäre, er sucht um Schutz nach gegen Eingriffe des Staates, der Justiz, der durch die Verfahrensbeschwerde der StPO auch gewährt wird. Er erstrebt somit nicht die Erweiterung seines Rechtskreises, sondern nur die Abwehr vor rechtswidrigen Eingriffen. Insofern kann das Beschwerdeverfahren der StPO mit der Anfechtungsklage verglichen werden, nicht aber mit der Vornahme- bzw. Leistungsklage.

Für den Gesetzgeber der StPO genügte folglich auch die Möglichkeit, die Aussetzung der Vollziehung anzuordnen (§ 307 Abs. 2 StPO), denn Fälle für eine einstweilige Anordnung im Beschwerdeverfahren konnten begrifflich nicht auftreten.

Für eine Gesetzeslücke, zu deren Ausfüllung eine entsprechende Anwendung des § 123 VwGO in Betracht kommt, spricht die Entstehungsgeschichte der §§ 23-30 EGGVG. Der Gesetzgeber war sich bei Erlass der (wenigen) Bestimmungen, die den Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte gewähren sollten, im klaren, daß durch diese wenigen Normen keine abschließende und erschöpfende Regelung geschaffen werden konnte und auch nicht geschaffen werden sollte. Vielmehr stellen, wie oben bereits gesagt, die §§ 23-30 EGGVG nur Grundzüge des Verfahrens dar. Daß aber der Gesetzgeber

bewußt die einstweilige Anordnung im Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG ausschließen wollte, ist nicht ersichtlich. Gegen eine solche Annahme spricht die Gleichheit der Interessenlage mit der Leistungsklage der VwGO, die dem Vornahmeantrag - ebenso wie die Anfechtungsklage dem Anfechtungsantrag - zum Vorbild diene. Außerdem würde es dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG widersprechen, wollte man dem Leistungskläger nach § 123 VwGO die Möglichkeit einräumen, eine einstweilige Anordnung zu erlangen, dem Antragsteller nach den §§ 23 ff. EGGVG aber nicht. Eine ungleiche Behandlung ist nur dann gerechtfertigt, wenn sachlich einleuchtende Gründe eine solche ungleiche Behandlung rechtfertigen.¹⁹³⁾ Diese Gleichbehandlung erfordert aber, daß dem Antragsteller nach § 23 Abs. 2 EGGVG auch die Möglichkeit gegeben werden muß, eine einstweilige Anordnung zu beantragen. Diese einstweilige Anordnung ist in sinngemäßer Anwendung des § 123 VwGO zu gewähren.

Zulässigkeitsvoraussetzung des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist somit:

Der Antrag ist statthaft mit dem Begehren, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand zu treffen, ebenso zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis.

Da § 123 VwGO entsprechend anwendbar ist, gelten über § 123 Abs. 3 VwGO die §§ 920, 921, 923, 926, 928-932, 938, 939, 941 und 945 ZPO entsprechend. Gem. § 920 Abs. 3 ZPO kann der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden, daneben ist schriftliche Stellung des Antrags möglich (herrschende Meinung).

Es muß eindeutig der Erlaß einer einstweiligen Anordnung beantragt werden. Er soll die Bezeichnung des Grundes sowie die Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs oder des streitigen Rechtsverhältnisses sowie eine Begründung enthalten (§ 920 Abs. 1 ZPO).

193) Vgl. auch die Ausführungen in § 39 mit dem dort im wesentlichen gleichen Problem.

Zuständig für den Erlaß der einstweiligen Anordnung ist das Gericht der Hauptsache, also der Strafsenat des OLG (§ 123 Abs. 2 S. 1 VwGO). § 123 Abs. 2 S. 2 VwGO kann keine Anwendung finden. Gem. § 123 Abs. 2 S. 3 i.V. mit § 80 Abs. 7 VwGO kann in dringenden Fällen der Vorsitzende entscheiden. Gegen seine Entscheidung kann gem. § 80 Abs. 7 S. 2 VwGO innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe das Gericht angerufen werden.

Der Anspruch oder das streitige Rechtsverhältnis sowie der Grund zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung sind glaubhaft zu machen.

Über die Generalverweisung auf das GVG und die ZPO im § 173 VwGO ist auch § 294 ZPO entsprechend anwendbar. Die Glaubhaftmachung kann somit durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung erfolgen.

Die Antragsbefugnis ist zu bejahen, wenn der Antragsteller die Möglichkeit einer Rechtsgefährdung darlegt.

Begründet ist der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung, wenn:

- a) ein Anspruch und
- b) die Gefährdung

schlüssig behauptet und glaubhaft gemacht worden sind. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO, der den § 922 ZPO nicht erwähnt).

§ 123 Abs. 4 VwGO kann keine Anwendung finden, da das Verfahren vor dem Strafsenat gem. § 309 Abs. 1 StPO ohnehin nicht mündlich ist. Es ist somit kein Rechtsmittel gegen eine einstweilige Anordnung gegeben. Der BGH kann nicht entscheiden mangels gesetzlicher Grundlage. Das OLG kann nicht entscheiden auf Grund mündlicher Verhandlung, weil es wegen § 309 Abs. 1 StPO gehindert ist, mündlich zu verhandeln. Hieraus können aber keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung hergeleitet werden. Den Gefahren, die aus einer nicht anfechtbaren Entscheidung auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung erwachsen können, ist nur so zu begegnen, daß

man an die Gefährdung und das Rechtsschutzinteresse hohe Anforderungen stellen muß und die Hauptsache möglichst umgehend zur Entscheidungsreife bringt. Wenn auch über § 123 Abs. 3 VwGO auch § 945 ZPO entsprechend gilt, so ist doch die Verweisung auf einen Schadensersatzanspruch für die Verwaltung oft nicht als Ausgleich anzusehen. Aber immerhin stellt § 945 ZPO auch eine gewisse Sicherung der Verwaltung dar.

IV.

§ 23: Die besonderen Antragsarten des § 28 Abs. 1 S. 2 - 4 EGGVG und deren Verhältnis zueinander

Die Bestimmung des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG stimmt wörtlich mit der des § 115 Abs. 1 S. 4 VwGO überein.

Hiernach kann das Gericht, wenn sich die Maßnahme vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt hat, auf Antrag feststellen, daß die Maßnahme rechtswidrig gewesen ist. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags nach § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG ist jedoch, daß der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.

Nach § 28 Abs. 1 S. 2 EGGVG kann das Gericht auf Antrag bei einer bereits vollzogenen Maßnahme auch aussprechen, daß und wie die Vollziehung von der Vollzugsbehörde rückgängig zu machen ist. Ferner besagt § 28 Abs. 1 S. 3 EGGVG, daß ein solcher Anspruch nur zulässig sein soll, wenn der Behörde das möglich und die Sache spruchreif ist. Aus der Gegenüberstellung der Sätze 2 und 3 einerseits und dem Satz 4 andererseits ergibt sich, daß der Gesetzgeber unter Erledigung i.S. des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG nicht auch die Vollziehung der Maßnahme fassen wollte. Ferner widerspräche eine derartige Auslegung der Systematik des § 28 Abs. 1, in dem zunächst die Entscheidung bei vollzogenen Maßnahmen und sodann erst bei erledigten geregelt ist. Ferner ist im § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG Zulässigkeitsvoraussetzung des Antrags auf Feststellung, daß der Antragstel-

ler noch im Zeitpunkt der Entscheidung ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat. Insofern unterscheidet sich der Wortlaut des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG von dem des § 24 Abs. 1 EGGVG. Da aber nach Vollziehung einer Maßnahme nicht immer ein besonderes Feststellungsinteresse besteht, würde der Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit dem Feststellungsantrag nach § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG häufig als unzulässig abzuweisen sein. Das kann aber nicht Sinn und Zweck der Vorschrift des § 28 Abs. 1 EGGVG sein, denn durch eine solche Auslegung würde der Rechtsschutz bei bereits vollzogenen Maßnahmen wegen des zu fordernden besonderen Feststellungsinteresses erheblich eingeschränkt. Somit kann § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG bei bereits vollzogenen Maßnahmen keine Anwendung finden.¹⁹⁴⁾ Vielmehr ist Rechtsschutz gegen bereits vollzogene Maßnahmen gewährt im § 28 Abs. 1 S. 2 EGGVG, durch den sog. Folgenbeseitigungsantrag. Aus dem Wortlaut: "so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen" ist zu folgern, daß neben diesem Folgenbeseitigungsantrag auch ein Anfechtungsantrag gestellt werden kann.¹⁹⁵⁾ Aus dieser Formulierung des § 28 Abs. 1 S. 2 EGGVG ergibt sich auch die richtige Auslegung des § 24 Abs. 1 EGGVG, nach dem der Antragsteller geltend machen muß, in seinen Rechten verletzt zu sein. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung könnte man folgern, der Antragsteller müsse im Zeitpunkt der Antragstellung noch verletzt sein. Nur die Auslegung, daß der Antragsteller einen Anfechtungsantrag auch stellen kann, wenn die Maßnahme bereits vollzogen ist, wird dem umfassenden Rechtsschutz, den § 24 Abs. 1 EGGVG gewähren will, und der Formulierung des § 28 Abs. 1 S. 2 EGGVG, in dem das Wort "auch" besondere Bedeutung besitzt, gerecht. Da aber, wie oben ausgeführt wurde, § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG keine Anwendung finden kann, ist ein Anfechtungsantrag als zulässig zu erachten, wenn die Maßnahme bereits vollzogen ist, eine gegenwärtige Beeinträchtigung nicht

194) EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 39; SCHUNK-de CLERCK § 113 Anm. 2c; ULE, § 113 Anm. I 2;

195) ULE, § 113 Anm. I 2;

mehr vorliegt. 196) Im anderen Fall könnte jede Vollzugsmaßnahme durch alsbaldige Vollziehung unanfechtbar gemacht werden. Das kann aber nicht in § 24 Abs. 1 EGGVG gewollt sein.

Zum Anfechtungsantrag gegen eine bereits vollzogene Maßnahme ist jedoch ebenfalls das Rechtsschutzinteresse zu prüfen. Dieses ist zu bejahen, wenn Wiederholungsgefahr besteht, 197) ferner wenn die verhängte Maßnahme bei der Würdigung des Verhaltens des Antragstellers von Bedeutung sein kann (Einstufung in Führungsgruppen, Vergünstigungen, bei künftigen Verstößen gegen die Anstaltsordnung für das Ausmaß der Strafe). 198)

Zusammenfassend ist zu sagen, daß bei bereits vollzogenen Maßnahmen der Folgenbeseitigungsantrag in Verbindung mit dem Anfechtungsantrag zulässig ist.

Das Anwendungsgebiet des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG ist dadurch richtigerweise sehr begrenzt. § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG greift ein, wenn die sich aus der Maßnahme ergebende Beschwerde durch Zurücknahme oder Ersetzung der Maßnahme, durch Rechtsänderung, Zeitablauf, Tod des Betroffenen usw. wegfällt. 199) Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob die Beschwer entfällt, nachdem der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt worden ist oder schon vor Antragstellung; denn sonst könnte es von Zufälligkeiten abhängig sein, ob der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig ist. Es erfordert auch das Rechtsschutzinteresse gegen sog. Überrumpelungsmaßnahmen, in denen Rechtsschutz unbedingt gewährt werden muß, auch in den Fällen, in denen Maßnahmen sofort rückgängig gemacht werden (wohl herrschende Meinung). 200).

196) ALTENHAIN, JVerwBl 1960/197; EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn. 104; OLG Bremen - B. v. 20.1.1961 - II AR 149/60, unter Aufgabe der im B. v. 14.6.1960 - Ws 126/60 - in DRpfl 1960/341 f vertretenen Ansicht; OLG Hamburg - B.v.15.11.1961 - VAs 13/61 und B.v.10.3.1961 - VAs 8/61; a.A. OLG Bremen - B.v.14.6.1960 - Ws 126/60; OLG Hamburg - B.v.25.5.1960 - Ws 258/60; OLG Bremen - B.v.14.11.1960 - VAs 10/60;

197) OVG Münster in: MDR 1957/445.

198) Vgl. OLG Nürnberg - B.v.8.3.1961 - VAs 2/60; OLG Hamburg - B. v. 10.3.1961 - VAs 8/61.

199) EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 39.

200) BVerwG in: NJW 1958/312 und die Anmerkung dazu von BERGMANN in: NJW 1959/500f.; KLINGER, § 113 Anm.C 2b; SCHUNK-de CLERCK, § 113 Anm.2c,cc; ULE, § 113 Anm.I 3b; a.A.KOEHLER, § 113 Anm. D II 1.

Die Feststellung gem. § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG erfolgt jedoch nur auf Antrag. Auf die Möglichkeit dieses Antrags hat aber der Vorsitzende aus prozeßökonomischen Gründen (Erledigung des gesamten Rechtsstreits und Vermeidung eines weiteren Verfahrens) hinzuweisen.

Erforderlich ist ferner für die Zulässigkeit, daß der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat. Der Inhalt des Begriffs "berechtigtes Interesse" ist der gleiche wie er in §§ 113 und 43 VwGO verwandt wird. Unter "berechtigtes Interesse" versteht man ein nach vernünftiger Erwägung durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse, das rechtlicher, wirtschaftlicher und auch ideeller Natur sein kann.²⁰¹⁾ Das berechtigte Interesse i.S. des § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG braucht nicht gerade darin zu bestehen, öffentlich-rechtliche Verhältnisse zu klären, sondern kann auch privatrechtlich sein, z.B. wenn die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Grundlage für einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB zu sein. Erforderlich ist jedoch, daß ein Zivilprozeß schon anhängig ist bzw. mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist.²⁰²⁾

Ein berechtigtes Interesse ist weiter zu bejahen, wenn Wiederholungsgefahr besteht.²⁰³⁾

V.

§ 24: Gegenstand des Antrags auf gerichtliche Entscheidung

Aus einem Vergleich der Vorschriften der §§ 23-30 EGGVG und den Bestimmungen der VwGO ergibt sich, daß die §§ 23-30 EGGVG nur

201) EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 41, § 42 Rdn. 11 (anders § 256 ZPO, der ein rechtliches Interesse erfordert; "rechtliches Interesse" ist jedoch enger als "berechtigtes Interesse").

202) BERGMANN in: NJW 1959/501; EYERMANN-FRÖHLER, § 43 Rdn. 12; ULE, § 113 Anm. 1 3 a und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung. BVerwGE 4/177 ff; BVerwGE 4/347 ff.

203) VGH Stuttgart VRspr. Bd. 6/71.

Grundzüge für den Rechtsschutz gegen Vollzugsmaßnahmen darstellen, die in einzelnen Bestimmungen zwar erschöpfend sind, in der Mehrzahl aber nicht die Einzelheiten regeln. So bleibt auch die Frage nach den §§ 23 ff. EGGVG unbeantwortet, welcher Akt Gegenstand der Anfechtungsklage ist. Da dies keine Verfahrensfrage ist, finden nicht die Vorschriften der StPO über § 29 Abs. 2 EGGVG Anwendung. Aus der Ähnlichkeit der Regelung in der VwGO und der in den §§ 23-30 EGGVG ist aber zu folgern, daß die gleichen Erkenntnisse, die zur Normierung des § 79 VwGO geführt haben, auch für den Gegenstand des Antrags auf gerichtliche Entscheidung zu gelten haben.

Gegenstand der Anfechtungsklage ist gem. § 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO der ursprüngliche Verwaltungsakt, in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat.

Bei der Frage, welcher Akt Gegenstand des Antrags auf gerichtliche Entscheidung ist, ergeben sich keine Schwierigkeiten für Bayern, weil es dort kein Beschwerde- bzw. Widerspruchsverfahren gegen Akte der Vollzugsbehörden gibt. Dort ist der ursprüngliche Verwaltungsakt Gegenstand des Antrags gem. §§ 23 ff. EGGVG. In den übrigen Ländern (auch in Hamburg, das nur das Widerspruchsverfahren bei Maßnahmen der Vollzugsbehörden durch das Hamburger Ausführungsgesetz zur VwGO geregelt hat), hat unter Anwendung der Grundsätze der VwGO zu gelten, daß Gegenstand des Antrags auf gerichtliche Entscheidung der ursprüngliche Verwaltungsakt der Vollzugsbehörden in der Gestalt ist, die er im Beschwerdeverfahren erlangt hat. 204)

Aus den gleichen Gründen, die für die Anwendbarkeit der in §§ 79 Abs. 1 S. 1 VwGO niedergelegten Grundsätze auf das Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG sprechen, sind auch die des § 79 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 VwGO anzuwenden. Danach ist der Beschwerde- bzw. Widerspruchsbescheid selbständiger Gegenstand des Antrags auf gerichtliche Entscheidung, wenn

204) So auch das OLG Hamm - B. v. 14.11.1960 - 1 VerwS 1/60; das OLG folgert das u.a. aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 24 Abs.2 EGGVG. Das ist m.E. jedoch nicht möglich.

a) ein Dritter erstmalig beschwert wird durch den Bescheid (ein solcher Fall ist im Strafvollzug kaum denkbar),

b) der Beschwerde- oder Widerspruchsbescheid eine zusätzliche selbständige Beschwerde für den Antragsteller beinhaltet (§ 79 Abs. 2 VwGO).

zu b) Die Beschwerde- bzw. Widerspruchsbehörde kann, belastende Verwaltungsakte immer, den Gefangenen begünstigende Akte unter den Voraussetzungen des Widerrufs abändern. 205)

Beispiel: Der Gefangene hat 6 Tage Urlaub beantragt und wichtige Gründe dazu vorgetragen. Die Vollzugsbehörde bewilligt 4 Tage Urlaub. Auf die Beschwerde des Gefangenen hebt die Beschwerdebehörde die Urlaubsbewilligung auf, weil sie der Ansicht ist, die wichtigen Gründe seien vorgespiegelt, die Urlaubsgewährung sei somit erschlichen. Wenn sich der Gefangene nunmehr mit einer Urlaubsgewährung von 4 Tagen zufriedengibt, muß er die Möglichkeit haben, die Beschwerdeentscheidung selbständig anzufechten. 206)

Ebenso muß er die Möglichkeit haben, den Beschwerdebescheid anzufechten, wenn die Beschwerdeentscheidung zwar nur auf Abweisung der Beschwerde lautet, aber auf einem anderen wesentlichen Verfahrensmangel beruht (etwa wenn die Beschwerdebehörde Ermittlungen hätte anstellen müssen, das aber aus rechtswidrigen Gründen unterlassen hat, 207) was in dem oben angeführten Beispiel möglicherweise der Fall gewesen sein mag).

Geht aus dem Antrag nicht hervor, ob er sich gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt und den Beschwerdebescheid oder nur gegen den Beschwerdebescheid richtet, so ist auf eine Klärung hinzuwirken. 208)

205) Vgl. dazu EYERMANN-FRÖHLER, Anhang zu § 42, Rdn. 33

206) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 79 Rdn. 6; KOEHLER, § 79 Anm. VI 2; OLG Hamm - B. v. 14. 11. 1960 - 1 VerwS 1/60.

207) Vgl. Nr. 198 Abs. II Vorl. StrVollzO NRW.

208) EYERMANN-FRÖHLER, § 79 Rdn. 6.

VI.

§ 25: Begründetheit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung

Während in den §§ 23 und 24 EGGVG ausschließlich die Zulässigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung behandelt wird, regelt § 28 Abs. 1 S. 1 EGGVG die Frage der Begründetheit des Antrags.

Die Begründetheit des Antrags unterscheidet einmal die objektive Begründetheit: Rechtswidrigkeit der Maßnahme und subjektive Begründetheit: Rechtsbeeinträchtigung des Antragstellers. ²⁰⁹⁾

Rechtswidrigkeit einer Maßnahme liegt vor, wenn verstoßen wird:

- a) gegen Rechtsnormen, die die Voraussetzung für das Tätigwerden der Behörde regeln (Bestimmungen der sachlichen, funktionellen und örtlichen Zuständigkeit) - Zurechnungsnormen;
- b) gegen Verfahrensnormen;
- c) gegen Formvorschriften;
- d) gegen materielle Normen; ²¹⁰⁾
- e) gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts.

§ 26: Verstoß gegen Zurechnungsnormen

Ein Verstoß gegen Zurechnungsnormen könnte im Vollzug von Freiheitsstrafen vorkommen in der Form, daß eine Vollzugsanstalt gegen einen Insassen einer anderen Vollzugsanstalt eine Maßnahme trifft oder eine Maßnahme von einer sachlich oder funktionell unzuständigen Stelle erlassen wird, ²¹¹⁾ oder die höhere Voll-

209) So KOEHLER, § 113 Anm. B IV.

210) So EYERMANN-FRÖHLER, § 42 Rdn. 110.

211) Vgl. OLG Bremen - B. v. 20.1.1961 - II AR 149/60; in dem dort entschiedenen Fall hatte statt des gem. § 116 Abs. II i.V. mit Abs. V StPO zuständigen Richters der Vorstand der Untersuchungshaftanstalt den Untersuchungsgefangenen mit einer Arreststrafe belegt. Das OLG hob den Bescheid auf.

zugsbehörde anstelle der eigentlich zuständigen unteren Vollzugsbehörde handelt.

§ 27: Verstoß gegen Verfahrensnormen

Zu den Verfahrensmängeln ist auch zu zählen, wenn dem Betroffenen im Verwaltungsverfahren nicht das rechtliche Gehör gewährt wird, obwohl es vorgeschrieben ist. ²¹²⁾

Bei dieser Gelegenheit muß kurz darauf eingegangen werden, ob der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren anzuwenden ist. Art. 103 Abs. 1 GG beantwortet nicht die Frage, ob der Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch im Verwaltungsverfahren gilt, da er lediglich das rechtliche Gehör im gerichtlichen Verfahren regelt. Man kann jedoch aus der Tatsache, daß eine grundgesetzliche Norm fehlt, nach der im Verwaltungsverfahren das rechtliche Gehör vor Erlass einer Maßnahme vorgeschrieben ist, nicht schließen, daß das rechtliche Gehör grundsätzlich im Verwaltungsverfahren nicht gewährt zu werden braucht.

Vielmehr gilt nach der heute herrschenden Lehre der Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch im Verwaltungsverfahren. Dieses wird zum Teil aus dem Rechtsstaatsprinzip begründet, ²¹³⁾ das auch für die Verwaltung gilt, während andere mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit von Verwaltungsakten, rechter Ermessensausübung und Verwaltungsökonomie das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren begründen. ²¹⁴⁾

Es fragt sich jedoch, in welchen Fällen die Verwaltung gehalten ist, vor dem Erlass einer Maßnahme dem Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren. Grundsätzlich hat zu gelten, daß dem Betroffenen immer dann rechtliches Gehör zu gewähren ist, wenn in seine Rechtsstellung eingegriffen wird. Jedoch haben im Verwaltungsverfahren Ausnahmen zu gelten, insbesondere in den Fällen, in denen die Behörden zur Gefahrenabwehr handeln. Jedoch ist in solchen Fällen auf jeden Fall nachträglich dem Betroffenen

212) Z.B. vor Verhängung einer Hausstrafe (Nr. 186 Abs. I S.2 Vorl.StrVollzO NRW).

213) MAUNZ-DÜRIG, Art. 103 Abs. 1 Rdn. 92.

214) KONIG, in: DVBl. 1959/189 ff.

rechtliches Gehör zu gewähren. ²¹⁵⁾

Somit führt auch die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs bei Erlass einer Maßnahme gegen einen Strafgefangenen zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme und zur Aufhebbarkeit derselben im Verfahren über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung.

Als Verstoß gegen Verfahrensnormen, der die Maßnahme rechtswidrig sein läßt, ist es auch anzusehen, wenn die Vollzugsbehörde nicht den Sachverhalt gründlich erörtert, d.h.aufklärt. ²¹⁶⁾

Wenn gegen die Aufklärungspflicht der Vollzugsbehörde im Hausstrafverfahren verstoßen wird, ist die angeordnete Strafe wie eine kriminelle Strafe nicht ordnungsmäßig verhängt. ²¹⁷⁾

§ 28: Verstoß gegen Formvorschriften

Zu den die Rechtswidrigkeit von Maßnahmen begründenden Verstößen gegen Formvorschriften ist zu zählen, wenn für die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, diese Form aber nicht eingehalten wurde (vgl. Nr. 186 Abs. 3 Vorl. StrVollzO), ferner, wenn gesetzlich eine Begründung vorgeschrieben ist, eine solche aber unterbleibt. ²¹⁸⁾

§ 29: Verstoß gegen materielle Normen

Ein Verstoß gegen materielle Normen liegt vor

a) wenn die Maßnahme gegen materielles Verfassungs- und Verwaltungsrecht verstößt, sowie gegen Bestimmungen des StGB, sofern diese Vollzugsfragen direkt oder indirekt regeln. Hierunter fallen auf dem Gebiet des Strafvollzuges die Grundrechte des Grundgesetzes und die Vorläufigen Strafvollzugsordnungen der Länder

215) Vgl. zum gesamten: MAUNZ-DÜRIG, Art. 103 Abs. 1 Rdn. 92 und die dazu in Fußnote 3 angegebene Literatur.

216) Obwohl es, wie z.B. in Nr.186 Vorl.StrVollzO NRW, vorgeschrieben ist.

217) ALTENHAIN, in: JVerwBl.1961/175f; BAUMBACH-LAUTERBACH, § 24 EGGVG Anm.2 A; OLG Hamburg - B.v. 15.5.1961 - VAS 18/60; OLG Bremen - B.v.14.11.1960 - VAS 10/60

218) Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht darauf eingegangen werden, ob ein Verstoß gegen formelles Recht im Einzelfall zur Aufhebbarkeit oder zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führt; vgl.dazu die eingehende Erörterung bei KOEHLER, § 113 Anm.B VII; EYERMANN-FRÖHLER, Anhang zu § 42 Rdn. 1 ff.

als Sonderverordnungen (= materielles Recht, vgl. oben § 13).
sowie die Bestimmungen der §§ 16 StGB und 26 StrVollstr.O;

b) wenn Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung vorliegt;

c) wenn unbestimmte Rechtsbegriffe fehlerhaft angewandt worden sind.

Die Entscheidung, ob eine Maßnahme auf dem Gebiet des Vollzuges deswegen rechtswidrig ist, weil sie gegen materielles Recht verstößt, läßt sich nur auf Grund eines bestimmten Sachverhalts für den Einzelfall fällen.

Beim Verstoß gegen materielles Verfassungsrecht ist beim Strafvollzug von der nunmehr herrschenden Auffassung hinsichtlich der Schranken der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis auszugehen.²¹⁹⁾ So hat das OVG Rheinland-Pfalz²²⁰⁾ entschieden: Die Grundrechte, die das allgemeine Verhältnis des Staatsbürgers zum Staat regeln, unterliegen den sich aus der Sache ergebenden Einschränkungen, wenn der Staatsbürger in besondere Beziehungen zum Staat tritt.

Die Schranken der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis müssen grundsätzlich ihre Grundlage unmittelbar, zumindest aber mittelbar im Grundgesetz haben. Wenn auch das besondere Gewaltverhältnis "Strafvollzug" nicht unmittelbar im Grundgesetz geregelt ist (wie z.B. das Schulverhältnis in Art. 7, das Hochschulverhältnis in Art. 5 Abs. 3, das Wehrverhältnis in Art. 17a GG), so findet jedoch der Strafvollzug mittelbar im Grundgesetz in der vom Verfassungsgeber vorausgesetzten rechtlichen Ordnung seine Grundlage (vgl. StGB und StPO).

Es steht somit nach heute herrschender Ansicht fest, daß in einem besonderen Gewaltverhältnis stehende Personen nicht ihrer Grundrechte beraubt werden, sondern daß sie nur in der Ausübung ihrer Grundrechte beschränkt sind.

219) Vgl. dazu GRUNAU, in: ZStW Bd. 70/511; MANGOLDT-KLEIN Bd. 1 Vorbem. B XVI 3; WOLFF, S. 154.

220) in DVBl. 1955/158 ff (nicht: rkr.).

Inwieweit durch den Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis "Strafvollzug" die Grundrechte beschränkt werden, ergibt sich aus dem Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses. ²²¹⁾

Zweck des Strafvollzuges ist es,

- a) die strafbare Handlung zu sühnen;
- b) den Strafgefangenen zu bessern und zu resozialisieren;
- c) die Allgemeinheit vor den Gefahren, die die Freiheit eines Rechtsbrechers bedeuten kann, zu sichern.

Unmittelbar aus diesem Sinn und Zweck des Strafvollzuges ergibt sich jedoch ferner, daß die Grundrechte eines Gefangenen weiterhin insofern eingeschränkt sind, als es die Ordnung der Vollzugsanstalt erfordert, um den Sinn und Zweck des Strafvollzuges in möglichst großem Umfang zu verwirklichen. Diese Beschränkung der Grundrechte ist jedoch möglichst eng auszulegen.

Einhellige Meinung besteht heute darüber, daß die Menschenwürde des Strafgefangenen unantastbar ist. Da das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht nur den Schutz "des Kernbereichs der Persönlichkeit" sondern den der allgemeinen Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn beinhaltet, ²²²⁾ kann dieses in Art. 2 Abs. 1 GG gewährte persönliche Freiheitsrecht im Strafvollzug kaum Raum haben. ²²³⁾

Fraglich erscheint ferner, in welchem Umfang die Freiheit der Person, das Brief- und Postgeheimnis, das Recht auf Freizügigkeit, auf Eingehung einer Ehe (Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 10, Art. 11, Art. 6 GG) beschränkt werden können. Da diese Entscheidung immer eine Entscheidung für den Einzelfall darstellt, ist zur Erläuterung auf die bisherige Rechtsprechung einzugehen. ²²⁴⁾

221) OVG Berlin in: JZ 1955/272 ff. (nicht rkr.); MANGOLDT-KLEIN, Bd. 1, Vorbem. B XVI 4;

222) BVerfG in: JZ 1957/167 f;

223) von MÜNCH, JZ 1958/73 ff, 74; Hildeg. KRÜGER, RdA 1956/311; vergl. auch KG - B. v. 12.6.1961 - 1 Ws 139/61;

224) Insofern wird auf § 32 verwiesen;

§ 30: Objektive Begründetheit bei Ermessensfehlern und fehlerhafter Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe

Gem. § 28 Abs. 3 EGGVG prüft das Gericht auf Antrag in den Fällen, in denen die Vollzugsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, ob die Maßnahme oder ihre Ablehnung oder ihre Unterlassung rechtswidrig ist, weil die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat.

Um entscheiden zu können, ob eine Ermessensentscheidung der Vollzugsbehörde vorliegt oder nicht, und damit, ob ein Fall des § 28 Abs. 3 EGGVG gegeben ist oder nicht, bedarf es der Klärung der Frage, was unter Ermessen zu verstehen ist.

Von Ermessen spricht man, wenn eine Behörde entweder frei ist hinsichtlich ihres Entschlusses, überhaupt eine Rechtsfolge zu setzen, die vom Gesetz entweder vorgesehen oder doch offengelassen ist, oder eine Entscheidung zu treffen, die sie unter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Belange des durch die Maßnahme Betroffenen für zweckmäßig und gerecht hält; die Behörde hat also, wenn ihr ein Ermessen eingeräumt wird, die Wahl zwischen mindestens zwei Möglichkeiten. Das Wesentliche der Ermessensentscheidung liegt darin, daß mehrere richtige und rechtlich einwandfreie Entscheidungen möglich sind. Dabei ist zu beachten, daß das Wort "Ermessen" nicht im Gesetzestext zu stehen braucht, vielmehr begnügt sich der Gesetzgeber in der Regel mit Redewendungen wie: kann, darf, ist befugt, ist berechtigt usw.

Aus der Richtigkeit und daraus, daß jede einzelne der möglichen Entscheidungen der Vollzugsbehörde rechtlich einwandfrei ist, ergibt sich die zwangsläufige Folge, daß die Gerichte Ermessensentscheidungen grundsätzlich nicht überprüfen können. Das folgt daraus, daß die Verwaltungsgerichte nur die Rechtmäßigkeit von Anordnungen, Verfügungen und sonstigen Maßnahmen zu überprüfen haben, nicht aber die Befugnis besitzen, über die Zweckmäßigkeit oder die Unzweckmäßigkeit einer Entscheidung zu

befinden. Ein Gefangener kann deshalb nicht ein Oberlandesgericht anrufen, weil er meint, es hätte eine andere Maßnahme getroffen werden sollen, obwohl die getroffene - weil sie eine reine Ermessensentscheidung war - rechtlich nicht zu beanstanden sei. 225)

Aus der Ermächtigung einer Behörde, nach ihrem Ermessen zu handeln, kann jedoch nicht geschlossen werden, daß sie ihre Entscheidung rein willkürlich treffen kann, ohne einerseits auf die Belange der Öffentlichkeit noch auf die des betroffenen Staatsbürgers Rücksicht zu nehmen. Gem. Art. 20 Abs. 3 GG ist die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden, sie hat folglich auch von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung, also dem Recht entsprechenden Weise Gebrauch zu machen.

Aus dieser Bindung der Verwaltung an die Grenzen ihrer Ermessensbetätigung ergibt sich andererseits aber auch der Schutz, den der Bürger vor fehlerhafter Ermessensbetätigung beanspruchen kann und ferner auch der Rechtsschutz gegen eine Ermessensentscheidung einer Behörde, sofern dieser überhaupt kein (so weitreichendes) Ermessen eingeräumt worden ist.

Aus dieser Rechtsschutznotwendigkeit und ihrer Begrenzung ergaben sich die Bestimmungen des § 28 Abs. 3 EGGVG und des § 114 VwGO.

Unter § 28 Abs. 3 EGGVG fallen folgende Gruppen der Ermessensfehlentscheidungen: 226)

- a) Ermessensfehler, die auf einer (irrtümlich) falschen Auslegung der Rechtsvorschrift beruhen; die Behörde glaubt, nicht oder nicht nur nach ihrem Ermessen handeln zu können, obwohl ihr ein Ermessen eingeräumt wurde;
- b) Ermessenswillkür: Diese kann darin bestehen, daß die Behörde dem Gebot der Gleichbehandlung (Gleichheitsgrundsatz) zuwider Entscheidungen trifft;

225) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 114 Rdn. 3; FORSTHOFF, § 5 (Ziff. 1-3); KLINGER, § 42 G V; ULE, S. 9; WOLFF, § 31 II.

226) Wenn man sich in der Literatur und Rechtsprechung auch im Ergebnis einig ist, wann eine Ermessensfehlentscheidung vorliegt, so ist doch die Terminologie unterschiedlich. Der Übersichtlichkeit halber wird eine Terminologie KLINGERS (§ 42 Anm. GV) verwandt.

c) Ermessensmißbrauch: Er ist gegeben, wenn eine Behörde aus unsachlichen oder zweck- und sachfremden Gründen eine Entscheidung erläßt;

d) Ermessensüberschreitung: Die Verwaltungsbehörde handelt außerhalb des ihr durch das Gesetz eingeräumten Ermessensbereichs.

In sehr vielen Bestimmungen der Vorl. StrVollzO NRW ist aber die Vollzugsbehörde durch unbestimmte Gesetzesbegriffe in ihrem Verwaltungshandeln gebunden. Als Beispiele seien aufgeführt: Gründe der Sicherheit, Zucht und Ordnung; Belange des Vollzuges; besonderer Schutz; ungünstig beeinflussen; körperliche und seelische Gefährdung; notwendige Versorgung; wichtiger Grund usw.

Der wesentliche Unterschied zwischen Ermessensbetätigung und der Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen liegt darin, daß im Gegensatz zur Ermessensentscheidung bei Vorliegen eines unbestimmten Gesetzesbegriffes immer nur eine Entscheidung richtig sein kann, also die Vollzugsbehörde nicht die Wahl zwischen zwei oder mehreren richtigen und rechtlich einwandfreien Möglichkeiten besitzt.

Bei der Frage, inwieweit ein Strafsenat die Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen durch die Vollzugsbehörde überprüfen kann und muß, ist von dem Grundsatz auszugehen, den das Bundesverfassungsgericht ²²⁷⁾ aufgestellt hat. Dieser Grundsatz besagt, daß die gesetzmäßige Funktion der Rechtsfindung zu einem wesentlichen Teil gerade in der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und in der Subsumtion von Grenz- und Zweifelsfragen unter diese Begriffe besteht.

Entgegen diesem Grundsatz des Bundesverfassungsgerichts, das sich allerdings nur beiläufig mit den unbestimmten Gesetzesbegriffen befaßt, war das Bundesverwaltungsgericht ²²⁸⁾ zunächst der Auffassung, daß es sich bei der Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen um Anwendung von Ermessensbegriffen handele. Diese Ansicht wurde jedoch im Hinblick auf das Wesen des unbe-

227) BVerfGE 2/380 ff., 395.

228) BVerwG in: NJW 1954/1054.

stimmten Gesetzesbegriffes - bei dessen Vorliegen kann im Gegensatz zur Ermessensentscheidung immer nur eine Entscheidung richtig sein - nicht aufrechterhalten.

In der Folgezeit kristallisierte sich eine fast herrschende Meinung heraus, die den Standpunkt vertrat, unbestimmte Gesetzesbegriffe enthielten einen gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörde.²²⁹⁾ Dieser Standpunkt wurde im wesentlichen damit begründet, das Gericht könne nicht in einer Streitsache entscheiden, in der selbst verschiedene Sachverständige verschiedener Meinung seien.²³⁰⁾ Es mag dem zugestimmt werden, daß es eine Überforderung der Verwaltungsgerichte darstellen kann, wenn sie pädagogische Wertungen zu überprüfen haben. Wenn aber ein Gericht die genügende Sachkenntnis nicht besitzt, um Streitfragen entscheiden zu können, so kann es Sachverständige hören. Wenn diese wiederum zu verschiedenen Ergebnissen gelangen, so ist es gerade Aufgabe des Gerichts, die Gutachten zu durchdenken, auch wenn es fachlich nicht einfach ist, und sein eigenes Urteil zu bilden. Diese Schwierigkeiten auf fachlichem Gebiet können jedoch im Rahmen des Vollzuges von Freiheitsstrafen nicht auftreten. Es können also keinesfalls die Argumente, die zur Nichtüberprüfbarkeit von unbestimmten Gesetzesbegriffen mit Beurteilungsspielraum in der Lehre und Rechtsprechung des Verwaltungsrechts geführt haben, im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG Geltung besitzen, ganz abgesehen von der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit.

Bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, um Urlaub gewähren zu können oder vom Vollstreckungsplan abzuweichen, können sich die Gerichte somit nicht auf eine Unüberprüfbarkeit mit der oft benutzten Begründung berufen, "weil es im Ermessen der Behörde stehe, und die Behörde nicht von einem unwahren Sachverhalt ausgegangen sei, allgemeine Wertmaßstäbe nicht verletzt und auch nicht sachwidrige Erwägungen angestellt

229) Vgl. auch OLG Hamburg - B. v. 9. 5. 1961 - VAs 19/61.

230) ULE (Gedächtnisschrift für JELLINEK), S. 309 ff., 326.

habe". ²³¹⁾ Es muß festgestellt werden, daß es sich bei den Entscheidungen über unbestimmte Gesetzesbegriffe um Subsumtionsfragen und nicht um Ermessensfragen handelt. ²³²⁾

§ 31: Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts

Ferner sind Vollzugsmaßnahmen rechtswidrig und daher anfechtbar, wenn sie:

- a) etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches fordern; ²³³⁾
- b) wenn sie innerlich widersprüchlich sind und nicht klar ersehen lassen, was angeordnet werden soll, ²³⁴⁾ und wenn der Maßnahme die notwendige Klarheit und Bestimmtheit fehlt;
- c) wenn der Verwaltungsakt gegen Treu und Glauben verstößt. Dieser Grundsatz besteht auch im öffentlichen Recht. ²³⁵⁾ Gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt es z.B., wenn ein zuständiger Beamter mündlich den Erlaß eines Verwaltungsakts zusagt, die Behörde sich aber weigert, den Verwaltungsakt zu erlassen, obwohl dies dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach Treu und Glauben entsprochen hätte. Hierunter fallen auch die Fälle des Rechtsmißbrauchs.

§ 32: Gerichtliche Entscheidungen im Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG zur Frage der Rechtswidrigkeit (hinsichtlich der Begründetheit) von Maßnahmen im Strafvollzug

Zu Art. 1 GG: ²³⁶⁾

Das Kammergericht ²³⁷⁾ hatte über einen Antrag zu entscheiden,

-
- 231) So OLG Braunschweig - B.v.7.7.1961 - AR (VAs) 1/61; vgl. GERNER: OLG Celle B.v.22.2.1961 - 3 VAs 1/61; KG - B.v.26.9.1961 - 1 Ws 307/60; OLG Oldenburg - B.v.17.3.1961 - 1 VAs 1/61 und B.v.15.12.1960 - 2 VAs 1/60;
 - 232) Vgl. CZERMAK in: NJW 1961, S. 1225 f. (Anm.); ders.in: NJW 1961, S. 1905; JESCH in: AöR Bd. 82/163 ff.
 - 233) OVG Koblenz in: DVBl.1953/774; Rechtsprechungsübersicht Nr.319.
 - 234) KOEHLER, § 113 Anm. B VI 5 b.
 - 235) BVerwGE 1/254; 3/205.
 - 236) Im Rahmen dieser Arbeit braucht nicht entschieden zu werden, ob Art. 1 und 2 Abs.1 GG Grundrechte, vorstaatliches überpositives Recht, einen Naturrechtssatz oder ein naturrechtliches Elementarprinzip beinhalten, denn nach allen Auffassungen ist die Exekutive gehalten, diese Grundsätze zu beachten (vgl. MAUNZ-DÜRIG, Art. 2 Abs. 1 Rdn. 5).
 - 237) B. v. 12. 6. 1961 - 1 Ws 139/61.

mit dem ein Strafgefangener erstrebte, in einem Gerichtstermin nicht in der Anstaltskleidung, sondern in seinen Zivilkleidern erscheinen zu dürfen.

Das Kammergericht ist der Auffassung, durch das Tragen der Anstaltskleidung in der Öffentlichkeit würde nicht die Würde des Strafgefangenen angetastet, weil die Anstaltskleidung in ihrer Art und Gestaltung in keiner Weise entwürdigend sei. Die Menschenwürde könnte nur dann durch den Zwang, die Anstaltskleidung auch außerhalb der Anstalt tragen zu müssen, angetastet werden, wenn es gerade der Zweck dieses Zwanges sei, den Gefangenen in der Öffentlichkeit als Rechtsbrecher zu brandmarken und zu erniedrigen. Einen solchen Zweck verfolge jedoch weder der § 95 DVO noch die angefochtene Entscheidung der Vollzugsbehörde.²³⁸⁾

Als eine Einschränkung des Grundrechts der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1 GG) ist der Fall anzusehen, in dem ein Strafgefangener, der zu einer Haft- oder Gefängnisstrafe verurteilt wurde oder gegen den eine Freiheitsentziehung verbunden mit Maßregeln der Sicherung und Besserung verhängt worden ist, mit Gefangenen einer anderen Strafart zusammengebracht wird und somit der Vollzug der Strafarten nicht getrennt durchgeführt wird.²³⁹⁾ In den Strafvollzugsordnungen sind Bestimmungen enthalten, nach denen nach Möglichkeit eine derartige Trennung von Gefangenen verschiedener Freiheitsentziehungsarten getrennt gehalten werden sollen.

Zu dieser Frage sind bisher zwei Entscheidungen ergangen.

Das OLG Oldenburg²⁴⁰⁾ hält die Verlegung eines Arbeitshäuslers, der sich bislang in einem Arbeitshaus (Aussenstelle) befand, dann aber wegen eines Lungenbefundes in die Hauptanstalt verlegt wurde, für rechtmäßig, weil seine Trennung von den Strafgefangenen dadurch gewährleistet sei, daß seine Zelle in der Krankenabteilung der Hauptanstalt abgeschlossen sei und somit ein Zusammenkommen mit Strafgefangenen nicht möglich sei.

238) AA. v. MÜNCH, JZ 1958/74.

239) Vgl. dazu Nr. 50 Vorl. StrVollzO NRW.

240) B. v. 4. 12. 1961 - 1 VAS 8/61.

In einer weiteren Entscheidung des OLG Oldenburg ²⁴¹⁾ führt dieses aus, daß (bei gleichem Sachverhalt) keine wesentliche Gefährdung des Arbeitshäuslers darin zu sehen sei, wenn er gelegentlich bei der ärztlichen Versorgung mit Strafgefangenen zusammenkomme.

Aus diesen Entscheidungen, die zwar nur die in einer Abteilung erfolgende Vollstreckung der Unterbringung in ein Arbeitshaus gem. § 42 d StGB und der Vollstreckung von Gefängnis- bzw. Zuchthausstrafen betrifft, ist jedoch der Grundsatz der Rechtsprechung zu folgern, daß eine Vollstreckung verschiedener Arten der Freiheitsentziehung ohne Trennung der Gefangenen als unzulässig anzusehen ist. Dabei bleibt offen, ob dieser Grundsatz Ausfluß des Grundrechts der Unantastbarkeit der Menschenwürde eines Gefangenen oder der Fürsorgepflicht der Vollzugsbehörde ist, den Gefangenen vor schädlichen Einflüssen, die durch den gemeinsamen Vollzug verschiedener Arten der Freiheitsentziehung ohne Trennung erwachsen können.

Die Verpflichtung der Vollzugsbehörden, den Vollzug verschiedener Freiheitsentziehungsarten getrennt durchzuführen, ist aber Ausfluß des Schutzgedankens des Art. 1 GG, der auch beinhaltet, die Menschenwürde vor Erniedrigung, Brandmarkung, Ächtung usw. zu schützen. ²⁴²⁾ Eine Erniedrigung würde es jedoch bedeuten, wenn ein Arbeitshäusler oder ein zu einer Haftstrafe Verurteilter mit Zuchthausgefangenen zusammenleben müßte. Deshalb ist es unzulässig, verschiedene Freiheitsentziehungsarten in einer Anstalt zu vollziehen, wenn nicht eine vollkommene Trennung gewährleistet ist. ²⁴³⁾

Zu Art. 2 GG:

Das Kammergericht prüft in der o.a. Entscheidung ebenfalls, ob durch den Zwang, die Anstaltskleidung auch außerhalb der Anstalt zu tragen, gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoßen wird. Aus dem anerkannten Zweck des Strafens, die menschliche Gemeinschaft vor

241) B. v. 20. 12. 1961 - 1 VAs 6/61.

242) Vgl. BVerfGE 1/104.

243) Vgl. ferner OLG Oldenburg - B. v. 28.2.1962 - 1 VAs 2/62.

gefährlichen Rechtsbrechern zu schützen, folgert es eine Einschränkung des Persönlichkeitsrechts des Gefangenen, um die Allgemeinheit vor der Gefahr einer Flucht in notwendigem Umfang zu schützen, die in Zivilkleidung sehr viel leichter geschehen könnte.

Dem Grundrecht des Art. 2 GG unterfällt auch die Freiheit, brieflich mit anderen Personen in Verbindung zu treten.

Das OLG Hamburg ²⁴⁴⁾ ist der Auffassung, daß der briefliche Verkehr des Gefangenen aus Gründen der Resozialisierung unterbunden werden kann, wenn dieser nicht den Gefangenen günstig beeinflussen oder sein späteres Fortkommen fördern wird. Dieses sah das OLG Hamburg als gegeben an in dem Fall, in dem der nicht geschiedene Gefangene mit einer nicht geschiedenen Frau, die zudem Mittäterin war, in briefliche Verbindung treten wollte. ²⁴⁵⁾

Das OLG Bremen ²⁴⁶⁾ folgert aus dem Zweck des Strafvollzuges, daß ein Strafgefangener in seinem persönlichen Verkehr mit der Außenwelt eingeschränkt ist und auch sein soll. Eine Verletzung der Grundrechte des Gefangenen könne somit nicht darin gesehen werden, wenn er grundsätzlich nur in beschränktem Umfange schreiben könne. Dieser Grundsatz wird jedoch für die Fälle durchbrochen, in denen der Gefangene zur Erledigung dringender Angelegenheiten einen Sonderbrief beantragt. Als dringliche Angelegenheiten sieht es das OLG Bremen an, wenn ein Gefangener von einem anerkannten Sachverständigen eine Auskunft oder einen Rat einholen will, um danach zu entscheiden, ob eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens sinnvoll ist. ²⁴⁷⁾ Ergänzend hierzu führt das Gericht aus, daß bei der Prüfung der Dringlichkeit eines Sonderbriefes stets von der subjektiven Auffassung des Antragstellers über Sinn und Zweck und Erfolgsaussichten des Briefes auszugehen ist, insbesondere die Vollzugsbehörde nicht darüber zu entscheiden hat, ob der Brief überhaupt einen Erfolg herbeiführen kann.

244) B. v. 19.9.1961 - VAs 33/61.

245) Vgl. auch GRUNAU in: ZStW 70/511.

246) B. v. 13.11.1961 - VAs 14/61.

247) Vgl.dazu auch OLG Hamburg - B. v. 11.9.1961 - VAs 35/61.

Das OLG Hamburg ²⁴⁸⁾ entschied, daß als dringliche Angelegenheit anzusehen sind, bei deren Vorliegen Sonderbriefe zu bewilligen sind: wenn der Gefangene (in dem vom OLG Hamburg entschiedenen Fall handelte es sich um einen Sicherungsverwahrten) seine Vermögensinteressen wahrnehmen muß. Die Wahrung eigener Vermögensinteressen fließe aus dem Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG). Dem Sicherungsverwahrten und dem Strafgefangenen (für beide haben die gleichen Grundsätze zu gelten) ist somit im Rahmen des Grundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG zu gestatten, Anweisungen für die Verwaltung ihrer Vermögen zu erteilen und grundsätzlich auch Vertragsabschlüsse zu tätigen. Von diesem Grundsatz sei nur abzuweichen, wenn der Kontakt mit der Außenwelt die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt gefährde.

Aus Gründen der Resozialisierung lehnte das OLG Hamburg ²⁴⁹⁾ eine Besuchserlaubnis für eine Frau ab, die Mittäterin des Strafgefangenen gewesen war.

In einem weiteren Beschluß erklärt das OLG Hamburg, ²⁵⁰⁾ daß das Recht auf persönlichen Verkehr weiter eingeschränkt ist als das Recht, mit Außenstehenden in brieflichen Verkehr zu treten. Diese weitergehende Beschränkung würde durch den Sinn und Zweck des Strafvollzuges gefordert, um dem Strafgefangenen das Strafübel nachhaltig spürbar zu machen. ²⁵¹⁾

Schließlich ist im Rahmen der Prüfung der Einschränkung des Grundrechts des Art. 2 GG auch die Statthaftigkeit des Anhaltens von Briefen zu erörtern.

Einhellige Meinung ²⁵²⁾ herrscht hinsichtlich der Frage, ob Briefe mit verleumderischem bzw. unwahrem Inhalt angehalten werden dürfen.

248) B. v. 2.2.1961 - VAs 23/60.

249) B. v. 19.9.1961 - VAs 33/61.

250) B. v. 15.8.1961 - VAs 24/61.

251) Vgl. dazu auch OLG Hamburg - B. v. 2.5.1961 - VAs 14/61.

252) OLG Oldenburg - B.v. 7.1.1961 - 2 VAs 2/60; OLG Nürnberg - B. v. 18.9.1961 - VAs 7/60; OLG Nürnberg - B. v. 20.9.1961 - VAs 1/61; OLG Hamm - B. v. 16.10.1961 - 1 VAs 19/61.

Das OLG München ²⁵³⁾ entschied, daß es bei den von einem in einem Nervenkrankenhaus untergebrachten Gefangenen (Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt gem. § 42 b StGB) geschriebenen Briefen der Anstaltsleitung überlassen bleiben muß, nach pflichtgemäßem Ermessen die Beförderung von Briefen zuzulassen oder zu unterbinden.

Diese Ansicht erscheint jedoch zu weitgehend, denn es kann nicht im Ermessen einer Anstaltsleitung liegen, das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit einzuschränken. Vielmehr muß immer geprüft werden im Einzelfall, ob das Anhalten der Briefe durch den Anstaltszweck und die Ordnung und Sicherheit der Anstalt gefordert werden. Es gibt somit immer nur eine richtige Entscheidung. Es ist folglich nicht der Anstalt zu überlassen, aus mehreren richtigen Entscheidungsmöglichkeiten eine Entscheidung zu treffen.

Ferner vertritt das OLG Nürnberg ²⁵⁴⁾ die Auffassung, daß Briefe, die an unzuständige Stellen gerichtet sind, angehalten werden können, um diese Stellen nicht unnütz in Anspruch zu nehmen, weil sie mit dem meisten, was in diesen Briefen stünde, nichts anzufangen wüßten.

In unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit der Frage des Anhaltens der an unzuständige Stellen gerichteten Briefe ist zu erörtern, was mit den an unzuständige Stellen gerichteten Petitionen zu geschehen hat.

Art. 17 GG gewährleistet das Grundrecht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen (letzteres dürfte für Strafgefangene ausgeschlossen sein) schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden.

Als Verstoß gegen Art. 17 GG sieht es das OLG Nürnberg ²⁵⁵⁾ nicht an, wenn ein an eine unzuständige Stelle gerichtete Petition

253) B. v. 31.10.1960 - VAs 5/60.

254) B. v. 20. 9.1961 - VAs 4/60.

255) B. v. 8. 8.1961 - VAs 8/61.

angehalten wird (ebenso OLG Hamburg).²⁵⁶⁾ In einem weiteren Beschluß vertritt das OLG Hamburg²⁵⁷⁾ die Ansicht, daß eine an einen Bundestagsabgeordneten gerichtete Petition an eine nicht zuständige Stelle gerichtet sei und somit das Anhalten eines solchen Briefes zulässig sei.

Als Stellungnahme hierzu kann auf einen Beschluß des OLG Celle²⁵⁸⁾ verwiesen werden. Danach kann ein Brief nur dann angehalten werden, wenn ein der in Nr. 137 Vorl.StrVollzO Nds aufgeführten Gründe vorliegt. In dem Fall, den das OLG Celle zu entscheiden hatte, war das Schreiben an eine unzuständige Stelle gerichtet und das Anhalten des Briefes damit begründet worden. Das OLG fährt fort: Da der Anstaltsleiter ... die getroffene Maßnahme mit dem Antragsteller erörterte, entsprach die unterbliebene Weiterbeförderung zwar der Bestimmung der Nr. 132 Ziffer 2 VorlStrVollzO Nds.²⁵⁹⁾ Wenn nicht schon bei der weiteren Anhörung, so war aber spätestens mit der Einlegung der Beschwerde erkennbar, daß der Antragsteller auf der Absendung des Briefes an die bezeichnete Stelle beharrte, selbst wenn deren Zuständigkeit nicht gegeben sei. Dann aber hätte das Schreiben gem. Nr. 132 Abs. 3 Vorl.StrVollzO Nds als Fristbrief behandelt werden müssen.

Die Schreiben, die an unzuständige Stellen gerichtet sind, können folglich nicht angehalten werden. Die äußerste Möglichkeit, Schreiben an unzuständige Stellen zu verhindern, ist, sie als Fristbriefe zu behandeln.

Außerdem zeigt gerade die Entscheidung des OLG Hamburg,²⁶⁰⁾ daß man nicht aus rein formalen Gesichtspunkten urteilen sollte, denn eine an einen Bundestagsabgeordneten gerichtete Petition wird dieser (im Zweifel nach Rückfrage mit dem Gefangenen) an den Bundestag (Petitionsausschuß) zuständigkeitshalber weiterleiten. Der Petitionssteller wird also auch in diesem Fall die zuständige Stelle angehen bzw. an sie verweisen.

256) B. v. 30.10.1961 - VAs 42/61.

257) B. v. 15. 8.1961 - VAs 24/61.

258) B. v. 9. 2.1961 -3VAs 4/60.

259) Weitergehend Nr. 132 Vorl. StrVollzO NRW.

260) B. v. 15.8.1961 - VAs 24/61.

Unter das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) fällt außerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses auch das Recht auf freie Wahl des Arztes. Der Strafgefangene hat nicht das Recht, daß er von einem von ihm gewünschten Arzt oder einer von ihm angegebenen Stelle untersucht wird, wohl aber, daß seine Haftfähigkeit sachkundig überprüft wird. 261)

Das OLG Hamburg ²⁶²⁾ führt aus, daß kein subjektives öffentliches Recht dadurch berührt würde, daß die Vollzugsbehörde sich weigert, den Antragsteller von einem anstaltsfremden Arzt untersuchen zu lassen. Ein solches Begehren sei vielmehr auf einen den Rahmen des Anstaltsbetriebes sprengende Fürsorge gerichtet. Zwar treffe den Staat zur Erfüllung des Rechtsanspruchs des Gefangenen auf Fürsorge die Pflicht, eine umfassende ärztliche Betreuung sicherzustellen. Dem sei der Staat (Hamburg) aber durch Einrichtung einer Klinik und durch Heranziehen von Ärzten und Fachärzten nachgekommen.

Das OLG Celle ²⁶³⁾ entschied ebenfalls, daß kein Anspruch besteht, von einem anstaltsfremden Arzt untersucht zu werden, es vielmehr nach Nr. 113 Abs. 2 Vorl.StrVollzO Nds in das Ermessen des Arztes gestellt sei, ob er einen Facharzt hinzuziehen wolle oder nicht.

Ebenso unterfällt das Recht auf Eingehung der Ehe dem Persönlichkeitsrecht des Art. 2 GG (und wohl nicht dem Art. 6 Abs. 1 GG, der den Bestand der Ehegemeinschaft verbürgen will). ²⁶⁴⁾

Das OLG Celle ²⁶⁵⁾ ist der Ansicht, daß die Ehe grundsätzlich mit dem Strafvollzug vereinbar ist, wenn auch die Freiheitsstrafe für ihre Dauer die Herstellung der ehelichen Lebensge-

261) OLG München - B. v. 31.8.1960 - VAs 1/60.

262) B. v. 6.10.1961 - VAs 29/61.

263) B. v. 10.5.1961 - 3 VAs 4/61.

264) KLEIN in: DÖV 1957/677 ff.; MÜNCH in: JZ 1958/73 f.; MAN-GOLDT-KLEIN, Art. 6 Anm. III 3; BVerfGE 6/72 u. S. 388; a.A. OLG Celle - B. v. 25.11.1960 - 3 Ws 5/60 - in: DVBl. 1961/175 f.; HAMANN, Art. 6 Anm. B 2.

265) B. v. 25. 11. 1960 - 3 WVs 5/60 - in: DVBl. 1961/175.

meinschaft verhindert. Es sei aber kein Hindernis für eine Eheschließung, wenn die Vollziehbarkeit nicht dauernd ausgeschlossen sei. Das sei z.B. der Fall bei einem zu lebenslangem Zuchthaus verurteilten Gefangenen. Dieses folgert das Gericht aus dem Grundgesetz, das nur dann das Recht auf Eheschließung gewährleisten wolle, wenn überhaupt die mit der Ehe bezweckte Lebensgemeinschaft hergestellt werden könne. Ebenso sei die Vollzugsbehörde zur Verweigerung der Ehegenehmigung befugt, wenn ein Eheverbot der Eheschließung entgegenstehe. Aus diesem Grundsatz folge, daß nur verhältnismäßig selten eine Eheschließung zu versagen sei. Die Eheschließung beeinträchtige auch nicht die Ordnung in der Anstalt.

Das OLG Hamm ²⁶⁶⁾ wendet gegen die Ansicht des OLG Celle ein, daß in den Fällen, in denen einem zu lebenslangem Zuchthaus Bestraften die Eingehung der Ehe versagt werden könne, ein zusätzliches, im Ehegesetz nicht vorgesehenes Ehehindernis aufgestellt würde. Das könne aber die Verwaltung nicht. Das OLG ist aber der Ansicht, daß die Vollzugsbehörde dann die Genehmigung zur Schließung der Ehe versagen darf, wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die vom Gefangenen beabsichtigte Eheschließung den Strafzweck zu vereiteln oder ernstlich zu gefährden droht.

Zu Art. 5 Abs. 1 GG:

Das OLG Hamburg führt in der bereits o.a. Entscheidung ²⁶⁷⁾ ferner aus, daß ein Sicherungsverwahrter sich in seiner Freizeit schriftstellerisch betätigen könne. Da aber in Art. 5 GG auch die Berechtigung, seine Meinung zu verbreiten, gewährleistet sei, müsse dem Sicherungsverwahrten auch die Möglichkeit eröffnet werden, seine Manuskripte an einen Verleger abzusenden. Eine Einschränkung dieses Grundrechts kommt nur für den Fall in Betracht, daß die Verbreitung gegen das Sittengesetz oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 2 Abs. 1 GG) oder gegen Art. 5 Abs. 2 GG verstieße oder die Sicherheit und Ordnung der

266) B. v. 24. 2. 1961 - 1 VerwS 4/60 - JVerwBl. 1961/188 f.

267) B. v. 2. 2. 1961 - VAs 23/60.

Vollzugsanstalt gefährde. Das OLG läßt die Frage offen, ob eine schriftstellerische Arbeit mit dem Sinn und Zweck des Strafvollzugs vereinbar sei oder nicht. Auf jeden Fall widerspreche eine schriftstellerische Betätigung nicht dem Sinn und Zweck der Sicherungsverwahrung, denn diese diene allein dem Zweck, die Öffentlichkeit vor Gefahren zu schützen, die ihr drohten, wenn sich die Sicherungsverwahrten auf freiem Fuß befänden.

Die Ansicht des OLG Hamburg findet auf Strafgefangene insoweit Anwendung, als die Gefangenen (z.B. für den Geltungsbereich der Vorl. StrVollzO. NRW gem. Nr. 133) an Sonn- und Feiertagen ihren Schriftverkehr erledigen können und während dieser Zeit sich auch schriftstellerisch betätigen können. Es würde gerade dem Resozialisierungsgedanken im Strafvollzug widersprechen, wollte man einem schriftstellerisch begabten Gefangenen während seiner Strafhaft die schriftstellerische Betätigung verwehren, wenn diese außerhalb des Vollzuges eine Nebenbeschäftigung, ein Nebenberwerb oder gar der Beruf des Strafgefangenen ist.

Eine andere Frage ist, ob die schriftstellerische Betätigung zu unterbinden ist, wenn der Gefangene durch sie gegen Art. 2 Abs.1, 5 Abs. 2 GG oder gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Anstalt verstößt; es mag auch zugegeben werden, daß im Einzelfall der Strafzweck nicht erreicht werden kann, wenn einem Strafgefangenen die schriftstellerische Betätigung gestattet wird. Grundsätzlich ist jedoch dem Gefangenen Gelegenheit zu geben, seine Meinung (schriftstellerisch) frei zu äußern.

In der Entscheidung des OLG Bremen ²⁶⁸⁾ läßt dieses die Frage offen, ob ein Gefangener einen Rechtsanspruch darauf hat, daß ihm der Bezug einer Zeitung gestattet wird. Ein solcher Rechtsanspruch besteht aber aus folgenden Gründen nicht:

Der Zweck des Strafvollzuges, den Gefangenen durch sein Abschließen von der Umwelt zur inneren Einkehr zu bringen, wird in der Regel durch die Ablenkung der Lektüre einer Zeitung gefährdet werden können, wenn nicht sogar vereitelt. Nur in Ausnahmefällen kann die Vollzugsbehörde einem Gefangenen, der zur

268) B. v. 26. 8. 1960 - II AR 121/60.

Einsicht seiner Schuld gelangt ist und diese durch gute Führung in der Anstalt dokumentiert, die Erlaubnis zum Halten einer Tageszeitung erteilen.

Zu Art. 10 GG:

Das Briefgeheimnis bleibt nach Ansicht des OLG Hamburg ²⁶⁹⁾ auch im Strafvollzug erhalten. Es erfährt jedoch aus dem Sinn und Zweck des Strafvollzuges Einschränkungen. Aus diesen Gründen unterliegen die Briefe, die ein Strafgefangener schreibt oder erhält, grundsätzlich der Zensur der Vollzugsbehörde, soweit bei ihnen nicht erkennbar ist, ob sie eine Gefährdung des Anstaltszwecks oder der Sicherheit und Ordnung darstellen (vgl. Nr. 140 Vorl.StrVollzO NRW).

Gem. § 148 Abs. 5 StPO ist in einem Strafverfahren, das noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, einem Gefangenen zensurfreier Briefverkehr mit seinem Anwalt zu gestatten (h.M.).²⁷⁰⁾ Diese Zensurfreiheit gilt (nach OLG Saarbrücken) ²⁷¹⁾ jedoch nicht in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten und im Verwaltungsstreitverfahren. Nach OLG Hamburg ²⁷²⁾ unterliegen ferner an die zuständige Stelle erhobene Petitionen gem. Art. 17 GG nicht der Zensur, weil dem Strafgefangenen wegen Äußerungen gegenüber der Petitionsstelle auf keinen Fall Nachteile erwachsen sollen, da sonst das Petitionsrecht vereitelt würde, wenn ein Gefangener besorgt sein müßte, durch eine (berechtigte) Petition Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Sehr zweifelhaft ist jedoch die Ansicht des OLG Hamburg, ²⁷³⁾ daß bei den Petitionen minderer Bedeutung - das sind solche, die nicht an das Parlament sondern an andere zuständige Stellen gerichtet sind -, dieser Grundsatz nicht gelten soll. ²⁷⁴⁾

269) B. v. 9.5.1961 - VAs 19/61.

270) B.v.3.1.1961 - VAs 4/60 - JVerwBl.1961/166 f.,vgl. Nr. 140 Vorl. StrVollzO NRW.

271) B. v. 3.1.1961 - VAs 4/60 JVerwBl. 1961/166 f.

272) B. v. 15.8.1961 - VAs 24/61.

273) B. v. 15.8.1961 - VAs 24/61.

274) Vgl. ferner STRUCKMANN in: NJW 1962/621 f.; OLG Bremen in: NJW 1962/649.

Aus dem Sinn und Zweck der Zensur folgt, daß sie nur dazu dienen darf, Gefahren, die dem Anstaltszweck oder der öffentlichen Ordnung drohen, abzuwenden oder fürsorgerische Maßnahmen zugunsten des Strafgefangenen einzuleiten. Die Verwertung der durch die Briefzensur erlangten Kenntnis hat zu erfolgen unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Garantie des Briefgeheimnisses, ist also einschränkend statthaft. ²⁷⁵⁾

Ein Recht auf Vorführung zu einem Gerichtstermin vor dem Landgericht, bei dem ein Prozeß des Antragstellers gegen eine Behörde anhängig war, verneint das Kammergericht ²⁷⁶⁾ mit der Begründung, bei der Frage der Ausführung eines Gefangenen aus wichtigem Grunde handele es sich um eine Ermessensentscheidung, die nur auf Ermessensfehlentscheidung zu überprüfen sei. Dagegen bejaht das Kammergericht ²⁷⁷⁾ einen Anspruch des Gefangenen, zu einem Termin vor dem Oberverwaltungsgericht vorgeführt zu werden. Es folgert das daraus, daß das OLG auf Grund mündlicher Verhandlung (§ 101 Abs. 1 i.V. mit §§ 125, 128 VwGO) entscheide. Ferner verweist es zur Begründung auf die Vorschriften der §§ 104 Abs. 1, 103 Abs. 3, 97 Abs. 2, 102 Abs. 2, 67 Abs. 1 und Abs. 2 VwGO und fährt fort, auch aus der Tatsache, daß ein Beteiligter als Strafgefangener nicht ohne weiteres in der Lage sei, persönlich im Termin zu erscheinen, könne keine Verpflichtung hergeleitet werden, einen Terminsbevollmächtigten zu stellen, zumal dem in der Regel finanzielle Gründe entgegenstehen würden. Der Umstand, daß das Gericht das persönliche Erscheinen eines Beteiligten anordnen könne (§ 95 Abs. 1 S. 1 VwGO), dies aber nicht getan habe, schließe nicht aus, daß das persönliche Erscheinen für eine zweckmäßige Rechtsverfolgung dienlich oder gar notwendig sei. Denn das Gericht vermöge von sich aus nicht zu übersehen, was die Beteiligten noch mündlich vortragen könnten.

Diese Gründe können aber ebenso für ein Vorführungsrecht im Zivilprozeß sprechen. Der Unterschied, daß im Verwaltungsprozeß

275) OLG Hamburg - B. v. 9.5.1961 - VAs 19/61;
OLG München - B. v. 31.10.1960 - VAs 5/60.

276) B. v. 26.9.1960 - 1 Ws 307/60.

277) B. v. 19.4.1961 - 1 Ws 118/61.

der Untersuchungsgrundsatz, im Zivilprozeß aber der Verhandlungsgrundsatz herrscht, rechtfertigt es eigentlich, erst recht im Zivilprozeß, wo die Erklärungen der Parteien sich viel entscheidender auf den Ausgang des Prozesses auswirken können als im Verwaltungsprozeß, ein Vorführungsrecht des Gefangenen zu bejahen.

Durch den Strafvollzug werden aufgehoben:

Das Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG); ebenso das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG und das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 1 GG). Art. 13 GG wird wohl nicht anzuwenden sein, da die Gefangenenzelle nicht als Wohnung i.S. des Art. 13 GG anzusehen ist.²⁷⁸⁾ Fraglich ist, inwieweit in die Eigentumsrechte des Gefangenen an selbstgefertigten Gegenständen eingegriffen werden kann bzw. inwieweit er über sein Vermögen, das nicht aus Hausgeld oder Leistungsbelohnung besteht, verfügen kann (Art. 14 GG).

Das OLG Bremen²⁷⁹⁾ ist der Auffassung, die Vollzugsbehörde sei befugt, nicht nur ein aus Verpackungsmaterial seines Weihnachtspaketes ohne Erlaubnis gebasteltes Schachspiel dem Gefangenen abzunehmen, sondern darüber hinaus dieses zu vernichten. Das OLG folgert das aus § 40 StGB, dem die Erwägung zugrundeliege, daß durch verbotenes Verhalten hervorgebrachte Gegenstände keinen Rechtsschutz verdienen.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wer durch eine Sachbeschädigung in der Form der Umbildung einer im fremden Eigentum stehenden Sache eine neue bewegliche Sache herstellt, wird Eigentümer der neuen Sache gem. § 950 BGB, sofern der Wert der Umbildung nicht erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Dieses so gewonnene Eigentum ist durchaus schutzfähig. Bei vorsätzlicher Zerstörung der gem. § 950 BGB gewonnenen Sache greift § 303 StGB ein. Diese Sache ist auch durchaus diebstahls- und unterschlagungsfähig. Der Fall, daß eine i. S. des § 950 BGB neue Sache durch vorsätzliche Sachbeschädigung i. S. des § 303 StGB hervorgebracht wird, fällt, soweit in der

278) Vgl. MÜNCH in: JZ 1958/73 ff.

279) B. v. 1.2.1961 - II AR 147/60.

Literatur 280) zu § 40 StGB zu ersehen ist, nicht unter diese Bestimmung. Als "producta sceleris" werden angesehen die gefälschten Urkunden und gefälschten Münzen. Unter § 40 StGB fällt somit nur das unmittelbar durch die strafbare Handlung Erworbenene, nicht aber das nur mittelbar Erworbenene.

Außerdem kann nicht davon gesprochen werden, daß § 40 StGB grundsätzlich durch verbotenes Verhalten hervorgebrachte Gegenstände betrifft. Aus dem Wortlaut des § 40 StGB ergibt sich, daß nur durch Verbrechen oder Vergehen hervorgebrachte Gegenstände vom § 40 StGB umfaßt sein sollen. Beim § 369 Ziff. 1 StGB kann folglich, da es eine Übertretung ist, keine Einziehung erfolgen. Ein Grundsatz für alle strafbaren Handlungen ist somit nicht aufzustellen, höchstens für Vergehen und Verbrechen. Danach sind aus Anstaltsmaterial ohne Erlaubnis hergestellte neue Sachen, die gem. § 950 BGB in das Eigentum des Anfertigenden fallen, nicht vernichtbar, wohl können sie dem Gefangenen abgenommen werden, das das Haben von Gegenständen nur in den Ausnahmefällen der Vorl.StrVollzO zugelassen ist 281)

Die so angefertigten und nach § 950 BGB in das Eigentum des Anfertigenden fallenden Gegenstände sind dem Gefangenen nach Ende der Strafzeit auszuhändigen. Wenn aber schon Sachen, die der Gefangene aus Anstaltsmaterial herstellt, nicht vernichtbar sind, sondern nur dem Gefangenen abgenommen werden können, so gilt das erst recht für die Sachen, die aus eigenem Material des Gefangenen, wozu auch das Verpackungsmaterial der Pakete zu rechnen ist, gefertigt werden.

Das OLG Bremen 282) vertritt den Standpunkt, daß die Verfügung über Eigengeld des Gefangenen (hier zum Halten einer Zeitung) beschränkt sei. Diese Beschränkung stelle einen Teil der mit der Strafhaft verbundenen Freiheitsentziehung dar. Ferner könnten einem Strafgefangenen Vergünstigungen aus Gründen der Gleichbehandlung nur aus dem selbstverdienten Hausgeld gewährt werden.

280) LEIPZIGER KOMMENTAR, § 40 Anm.2; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 40 Anm. IV, 2 c; (beispielsweise);

281) Vergl. Nr. 64 Vorl.StrVollzO NRW;

282) B. v. 26.8.1960 - II AR 121/60;

Urlaub:

Aus Art. 6 GG leitet das OLG Schleswig ²⁸³⁾ her, daß es u.U. ein unabweisbarer Urlaubsgrund sei, wenn durch einen Urlaub ein durch Ehezerüttung gefährdetes eheliches Verhältnis wiederhergestellt werden könne.

Bei der Entscheidung über die Gewährung von Urlaub, den der Antragsteller begehrt, weil wichtige Angelegenheiten seine persönliche Anwesenheit außerhalb der Vollzugsanstalt erfordern, ist nach dem OLG Braunschweig ²⁸⁴⁾ zu berücksichtigen, ob darauf vertraut werden kann, daß der Gefangene seine Pflicht zur freiwilligen pünktlichen Rückkehr erfüllen wird. Darauf kann nach Ansicht des OLG nicht vertraut werden in den Fällen, in denen sich der Strafgefangene dem Strafantritt längere Zeit entzogen hat. Ferner berücksichtigt das OLG, daß die mehrfache Behauptung des Gefangenen, er sei haftunfähig, nach ärztlichen Untersuchungen sich als falsch erwiesen habe. Auch die Tatsache, daß der Gefangene bereits erneut angeklagt sei, stelle einen Urlaubsverwehungsgrund dar. Außerdem sei zu berücksichtigen, in welchem Umfang dem Gefangenen Gelegenheit gegeben worden sei, seine geschäftliche Angelegenheit von der Anstalt aus zu regeln. ²⁸⁵⁾

Verlegung:

Allgemein wird ein Anspruch des Strafgefangenen auf Verlegung in eine andere Anstalt verneint. Diese Folgerung wird aus § 26 StrVollstr.O gezogen. Darin heißt es, daß nur aus wichtigen Gründen vom Vollstreckungsplan abgewichen werden darf. In verschiedenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte wird die Ansicht vertreten, daß die höhere Vollzugsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden habe, ob ein wichtiger Grund i.S. des § 26 Str.Vollstr.O vorliege. Dieser Ansicht kann nach der in § 30 vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden. Die Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen eines unbestimm-

283) B. v. 2. 5. 1961 - 1 VAs 2§61.

284) B. v. 7. 7. 1961 - AR (VAs) 1/61.

285) Vgl. auch OLG Oldenburg - B. v. 31. 10. 1961 - 1 VAs 7/61.

ten Rechtsbegriffes ist immer eine Frage der Subsumtion, hat sich also nicht auf die Prüfung zu beschränken, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist. ²⁸⁶⁾

Keinen wichtigen Grund i.S. des § 26 Str.Vollstr.O stellt die Beschwerne dar, die ein Gefangener auf sich nehmen muß, wenn er aus einer Strafanstalt, die nicht in dem Ort seiner Familie liegt, schriftliche Anweisungen zum Abbruch eines Verkaufsstandes geben muß, ohne mündlich (wegen zu großer Entfernung) mit seiner Frau oder seinem Prozeßbevollmächtigten sprechen zu können.

Nach OLG Hamburg ²⁸⁷⁾ ist kein wichtiger Grund zur Verlegung gegeben, wenn das Verlegungsgesuch nur mit Vorfällen in der bisherigen Anstalt begründet wird.

Das OLG Oldenburg verneint eine Ermessensverletzung, wenn ein wichtiger Grund nicht angenommen worden ist für die Fälle, in denen der Antragsteller seine Verlegung beantragte,

a) um seine Frau besser in der Führung des Erwerbsgeschäftes unterstützen zu können, ²⁸⁸⁾ und

b) weil seine Frau derart an der Trennung kranke und gesundheitliche Schäden davontrüge, wenn sie ihn nicht besuchen könne. ²⁸⁹⁾

Nach OLG Hamburg ²⁹⁰⁾ ist es kein wichtiger Grund, der die Verlegung rechtfertigt, wenn für die berufliche Fortbildung in einer anderen Anstalt bessere Möglichkeiten bestehen. Der Strafgefangene müsse mit den Möglichkeiten vorlieb nehmen, die die zuständige Anstalt eröffne. Alles andere würde dem den Strafvollzug beherrschenden Ordnungsprinzip zuwiderlaufen.

Arbeit:

Anerkannt ist heute nach der Rechtsprechung, daß jeder Gefängnisgefangene ein Recht auf Arbeit hat. ²⁹¹⁾ Dieses wird aus § 16

286) Insofern abzulehnen: POHLMANN-HASEMANN, § 26 Anm. IV 1; OLG Celle - B. v. 22.2.1961 - 3 VAs 1/61; OLG Oldenburg - B. v. 15.10.1960 - 2 VAs 1/60; OLG Oldenburg - B. v. 9.2.1962 - 1 VAs 13/61.

287) B. v. 22.8.1961 - VAs 25/61.

288) B. v. 20.12.1961 - 1 VAs 10/61.

289) B. v. 28.12.1961 - 1 VAs 11/61.

290) B. v. 17. 4.1961 - VAs 6/61.

291) Vgl. DANE in: Zeitschr.f.Strafvollz. 1961/186.

Abs. 2 StGB hergeleitet, der besagt, daß ein Gefängnisgefangener auf eine seinen Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise beschäftigt werden kann und auf sein Verlangen in dieser Weise beschäftigt werden muß.

Als erstes Oberlandesgericht nahm das OLG Düsseldorf ²⁹²⁾ (allerdings nicht in Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG) zu der Frage Stellung, ob die Arbeit persönlichkeitsangemessen sein müsse. Das OLG folgert aus der Gesetzesbestimmung des § 16 Abs. 2 StGB, daß der Maßstab für die Angemessenheit der Arbeit nicht in den Verhältnissen der Anstalt, sondern nur in den Fähigkeiten und Verhältnissen des Gefangenen gefunden werden könnten. Wenn es nur auf die Verhältnisse der Anstalt ankäme, so läge es praktisch im Ermessen der Vollzugsbehörde, welche Arbeit ein Gefangener bekommen könne.

Demgegenüber vertritt das OLG Saarbrücken ²⁹³⁾ und auch das OLG Hamburg ²⁹⁴⁾ eine weniger strenge Auffassung, der zu folgen ist. Die Grenzen des Arbeitsrechts gem. § 16 Abs. 2 StGB fänden notwendigerweise nach Ansicht dieser beiden Oberlandesgerichte ihre Grenzen in den beschränkten Arbeitsmöglichkeiten einer Anstalt. Der Leiter einer Strafanstalt könne nur das tun, was im Rahmen seiner Möglichkeiten liege, differenzierte Arbeit für die Anstalt zu erlangen. Das OLG Saarbrücken (a.a.O.) hält es mit § 16 Abs. 2 StGB vereinbar, wenn ein ehemaliger Kriminalbeamter zum Kartoffelschälen eingesetzt wird, während es das OLG Hamburg (a.a.O.) es für zulässig erachtet, wenn ein kaufmännischer Angestellter mit Mattenflechten beschäftigt wird. ²⁹⁵⁾

Nach OLG Nürnberg ²⁹⁶⁾ darf auf die Fähigkeiten eines Strafgefangenen bei der Arbeitszuweisung nur insoweit Rücksicht genommen werden, als das die Sicherheit und Ordnung der Anstalt nicht gefährdet. So ist ein von Beruf gelernter Schneider nicht

292) B. v. 21.8.1959 - 1 Ws 179/59 - NJW 1960/1071 f.

293) B. v. 20.9.1960 - Ws 125/60 - NJW 1961/230.

294) B. v. 28.6.1960 - Ws 326/60.

295) Vgl. dazu ROTTHAUS, Anm. zum Urteil des OLG Düsseldorf, NJW 1960/1071 f. und ARNDT in: NJW 1960/2040 f.

296) B. v. 20.9.1961 - VAs 4/60.

in der Schneiderei zu beschäftigen, wenn er sich als Fetischist aus Stoffresten Figuren schneidert.

Abzulehnen ist jedoch der Beschluß des OLG Nürnberg ²⁹⁷⁾, nach dem ein gelernter Bäcker nicht mehr - wie bislang geschehen - in der Bäckerei beschäftigt wird, weil im Hinblick auf seine Vergangenheit - er war zu einer längeren Zuchthausstrafe verurteilt - nicht mehr als vertrauenswürdig angesehen werden könne.

Daß er wegen seiner Vergangenheit - und zwar nur, weil er zu einer längeren Zuchthausstrafe verurteilt worden war - nicht aus dem Bäckereibetrieb entfernt werden kann, ergibt sich aus der Anwendung der Grundsätze des Widerrufs eines begünstigenden Verwaltungsakts. Die Erlaubnis, als gelernter Bäckermeister in der Gefängnisbäckerei arbeiten zu können, ist ein begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Als solcher kann er aber nicht zurückgenommen werden, wenn die Behörde ihn in Kenntnis der Rechts- und Sachlage erlassen hat.

Das OLG Nürnberg ²⁹⁸⁾ hält eine Arbeit, die in Absonderung von anderen Gefangenen durchgeführt werden muß und durchgeführt wird, dann für zulässig, wenn durch die gemeinsame Arbeit Gefahren für die Sicherheit und Ordnung der Anstalt erwachsen würden.

Ausgang:

Zu der Frage, ob ein Gefangener Anspruch auf Bewegung im Freien hat, nimmt das OLG Nürnberg ²⁹⁹⁾ Stellung. Es verneint einen Anspruch auf tägliche Bewegung im Freien und folgert das daraus, daß in der Nr. 113 der Bayrischen Vollstreckungsordnung nur davon gesprochen sei, der Gefangene solle zur Bewegung im Freien "angehalten" werden. Diese Auffassung ist nicht haltbar. Aus Nr. 106 der Vorl.StrVollzO NRW ist ein Anspruch auf tägliche Bewegung im Freien zu entnehmen, wenn auch nicht - vollkommen eindeutig - aus dem Abs. 1, so doch aus Abs. 2, in dem bestimmt ist, daß die Bewegung im Freien mindestens eine halbe Stunde am Tag dauert. Das Wort "anhalten" hat lediglich die Be-

297) B. v. 20.9.1961 - VAs 9/60.

298) B. v. 20.9.1961 - VAs 3/61.

299) B. v. 21.9.1961 - VAs 7/61.

deutung, daß die Vollzugsbehörde darauf hinwirken soll, daß die Gefangenen - im Interesse ihrer Gesundheit - von diesem Recht Gebrauch machen.

Das OLG Oldenburg ³⁰⁰⁾ sieht eine Gefährdung der Sicherheit und Ordnung der Anstalt, die das Einzelgehen eines Gefangenen bei der Bewegung im Freien rechtfertigt, darin, daß der Gefangene zu Widersätzlichkeiten in der Anstalt verleiten könnte, wenn er bei der Bewegung im Freien mit anderen Mitgefangenen unmittelbaren Kontakt aufnehmen könnte.

Ärztliche Behandlung:

In seinen Rechten verletzt sein könne, so führt das OLG Bremen aus, ³⁰¹⁾ ein Antragsteller nicht schon durch eine unterbliebene Untersuchung, sondern allenfalls dadurch, daß eine Arreststrafe trotz Haftunfähigkeit vollstreckt worden sei.

In einer weiteren Entscheidung des OLG Bremen ³⁰²⁾ stellt dieses fest, ein Strafgefangener habe keinen Anspruch auf eine bestimmte, von ihm gewünschte Behandlungsmaßnahme, sondern nur auf eine im Rahmen sachgerechter ärztlicher Erwägungen liegende Heilfürsorge.

Das OLG Hamburg ³⁰³⁾ entschied in einem Fall, in dem ein Gefangener beantragte, ihn zur Feststellung seiner behaupteten Haftunfähigkeit durch einen nichtbeamteten Facharzt untersuchen und begutachten zu lassen, daß ein solcher Antrag unzulässig sei, nicht, weil kein Anspruch bestehe, sondern weil kein Verwaltungsakt erstrebt würde. Durch das Gutachten würde nicht unmittelbar eine rechtliche Wirkung erzeugt. Erst in einer auf Grund des Gutachtens erfolgenden Entscheidung der Vollzugsbehörde könne eine die Rechtsstellung des Gefangenen berührende Regelung erblickt werden.

Das OLG Köln ³⁰⁴⁾ ist der Ansicht, daß der Gefangene nur einen Anspruch auf Zahnersatz in einfacher Form hat, sofern er not-

300) B. v. 29.12.1961 - 1 VAs 12/61.

301) B. v. 5. 9.1960 - II AR 120/60.

302) B. v. 15. 6.1960 - Ws 118/60.

303) B. v. 25. 8.1961 - VAs 28/61.

304) B. v. 15. 11.1960 - 2 Ws 381/60.

wendig ist, nicht aber auf Zahnschönheitsausbesserung.

Das OLG Bremen ³⁰⁵⁾ steht einem Gefangenen nur dann einen Anspruch auf Ersatz der von ihm aufgewendeten Beschaffungskosten für eine Brille zu, wenn diese bei einer dienstlichen Tätigkeit zerbrochen wurde oder dem Gefangenen keine hinreichenden Mittel aus seiner Rücklage zur Beschaffung einer neuen Brille zur Verfügung stehen. ³⁰⁶⁾

Hausstrafen:

Die Verhängung von Hausstrafen, die eine weitere Einschränkung der Grundrechte des Gefangenen darstellen, ist mit dem Grundgesetz und auch mit der Bayrischen Verfassung vereinbar, stellte das OLG Nürnberg ³⁰⁷⁾ überzeugend fest.

Das OLG überprüft in dem o.a. Beschluß die Höhe der gegen den Antragsteller verhängten Arreststrafe und kommt zu dem Ergebnis, daß sie hinsichtlich der Höhe nicht zu beanstanden sei. Hieraus folgt, daß durch die Verhängung einer Hausstrafe der Antragsteller in seinen Rechten verletzt sein kann, der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Verhängung einer Hausstrafe, aber auch gegen die Höhe einer Hausstrafe als zulässig erachtet wird.

Im Gegensatz dazu vertritt das OLG Hamburg ³⁰⁸⁾ die Auffassung, daß die Verhängung einer Hausstrafe als solche keine "Verletzung in seinen Rechten" sein könne. Sie sei es ebensowenig wie die Verhängung einer kriminellen Strafe. Das OLG Hamburg führt wörtlich aus: "Demgemäß ist das Vorbringen des Antragstellers nur dann geeignet, eine "Verletzung in seinen Rechten" darzutun, wenn es Umstände enthält, denen zufolge Verfahrensverletzungen oder Ermessensfehler in Betracht kommen". Da aber die Darlegung einer "Verletzung in seinen Rechten" eine Zulässigkeitsvoraussetzung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung

305) B. v. 6. 4. 1961 - VAs 1/61.

306) Ebenso OLG Hamburg - B. v. 14.2.1961 - VAs 4/61;

307) B. v. 8. 3. 1961 - VAs 2/60;

308) B. v. 15. 5. 1961 - VAs 18/61;

ist, wie in § 12 gezeigt wurde, verneint das OLG Hamburg mit dieser Entscheidung die Zulässigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung gegen die Verhängung einer Hausstrafe. ³⁰⁹⁾

Der Auffassung des OLG Hamburg ist nicht zu folgen. Gem. Nr. 181 VorlStrVollzO NRW - diese Vorschrift ist entsprechend in den Strafvollzugsordnungen der anderen Länder enthalten - verhängt der Anstaltsleiter eine Hausstrafe über einen Gefangenen, der seine Pflicht schuldhaft verletzt hat. Es ist also gerade wesentlich eine Pflichtverletzung und schuldhaftes Handeln. Das sind Begriffe, die der gerichtlichen Nachprüfung in vollem Umfang unterliegen. Im Verfahren über eine Hausstrafe sind also einmal die Einhaltung der Verfahrensbestimmung zu überprüfen, ferner die angenommene Pflichtverletzung und schließlich das Vorliegen der Schuld und deren Grad. Für eine Ermessensentscheidung des Strafanstaltsvorstandes ist bei der Verhängung der Hausstrafe - das folgt aus dem Wesen der Strafe - kein Platz. Die Bestimmung des § 28 Abs. 3 EGGVG kann folglich keine Anwendung finden, da die Bestrafung durch die Hausstrafe gerecht sein muß, zwei oder mehrere richtige Entscheidungen aber nicht denkbar sind, folglich nicht von einer Ermessensentscheidung des Anstaltsvorstandes bei der Verhängung der Hausstrafe gesprochen werden kann. Wenn schon der Vergleich zur kriminellen Strafe gezogen wird, so führt das aber gerade zu demselben Ergebnis. Das Verfahren der §§ 23-30 EGGVG beim Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Anordnung einer Hausstrafe entspricht insofern der Berufung gegen Strafurteile. In diesem Verfahren werden der Sachverhalt selbst ermittelt, die Strafbarkeit selbstständig von der ersten Instanz festgestellt, ebenso die Schuld und letztlich auch die Höhe der Strafe. Das muß also, wenn man die Hausstrafe der kriminellen Strafe gleichstellt, ebenso gelten im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG gegen die Verhängung der Hausstrafe.

Das Kammergericht ³¹⁰⁾ erblickt keine Verletzung in seinen Rechten darin, daß die Untersuchung im Hausstrafverfahren nicht von

309) Ebenso OLG Bremen - B.v.14.11.1960 - VAs 10/60;

310) B. v. 9.5.1960 - 1 Ws 110/60.

der Kriminalpolizei oder der Staatsanwaltschaft durchgeführt wurde, ebenso nicht darin, daß nicht vor Verhängung der Hausstrafe ein vom Antragsteller gegen den Beamten angestrengtes Strafverfahren durchgeführt ist. Ebenso ist es nicht als Hinderungsgrund für ein Hausstrafverfahren anzusehen, wenn gegen den Antragsteller selbst ein Ermittlungsverfahren läuft wegen des gleichen Tatsachenkomplexes. Es müsse die Gefahr eingegangen werden, daß entweder die Hausstrafe schon vollzogen, hinterher sich aber im gerichtlichen Verfahren die Unschuld des Antragstellers herausstelle, oder zu der Hausstrafe noch eine kriminelle Strafe treten können. Das Kammergericht begründet die zumindest im letzten Fall im Ergebnis richtige Entscheidung in der sehr angreifbaren Weise: diese Gefahren müßten im übrigen als Ausfluß der Tatsache hingenommen werden, daß sich der Gefangene durch eigene Schuld in die Lage gebracht hat, einer Ordnung unterworfen zu sein, die der Natur der Sache nach nicht mit den rechtlichen Garantien ausgestattet sein könne wie der Ordnung freier Bürger. Diese Begründung ist ein erheblicher Rückschritt im Rechtsschutz des Strafgefangenen und widerspricht dem Sinn und Zweck der §§ 23 ff. EGGVG.

VII.

§ 33: Grundsätze des Verfahrens vor dem Strafsenat

A. Allgemeines:

Für das Verfahren vor dem Strafsenat nach den §§ 23-30 EGGVG finden über § 29 Abs. 2 EGGVG die Vorschriften über das Beschwerdeverfahren der StPO entsprechende Anwendung. Insoweit gelten also die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des Strafverfahrens, soweit sie für das Beschwerdeverfahren gelten. ³¹¹⁾

§ 34: Untersuchungsgrundsatz und Beweislast

Der Untersuchungsgrundsatz, der in dem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft (§ 160 StPO), der gerichtlichen Voruntersuchung (§ 190 StPO) und im Hauptverfahren (§ 244 StPO), im Ver-

311) Vgl. LÜKE in: JuS 1961/41 ff.

waltungsverfahren, im Verwaltungsprozeß gilt, hat auch Anwendung zu finden im Beschwerdeverfahren und somit auch im Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG vor den Strafsenaten.³¹²⁾ Er beinhaltet, daß das Gericht den Sachverhalt von amtswegen aufzuklären hat, nur mit der Einschränkung, daß gem. § 308 Abs. 2 StPO das Gericht über die Art und die Mittel der erforderlichen Aufklärung nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden kann. Es ist weder an das Vorbringen noch an die Beweisanträge des Antragstellers noch des Antraggegners gebunden. Zwar hat das Gericht bei der Ermittlung des wahren Sachverhalts die am Verfahren Beteiligten heranzuziehen und insbesondere auf diese einzuwirken, die erforderlichen Beweismittel zu benennen. Das Gericht ist aber keineswegs auf die von den Beteiligten vorgetragenen Beweise allein angewiesen, sondern kann darüber hinaus Beweise erheben. Im Rahmen dieser Aufklärung kann aber dem Gericht nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, etwa die Sache an die Vollzugsbehörde zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts zurückzuweisen. Das dürfte der Trennung der Gewalten widersprechen.

In unmittelbarem Zusammenhang mit dem Untersuchungsgrundsatz steht die Frage der "Beweislast". Zwar gibt es wegen des Untersuchungsgrundsatzes im Verfahren keine Beweisführungslast. Es erhebt sich jedoch die Frage, was die Folge ist, wenn die gestellten Beweisanträge oder die vom Gericht angestellten Ermittlungen nicht zu einer Klärung des Sachverhalts führen. In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des OLG Hamburg³¹³⁾ zu erwähnen. Das OLG ist der Ansicht, daß in dem Falle, in dem eine Aufklärung des mit Anfechtungsantrag zur gerichtlichen Entscheidung gestellten Sachverhalts nicht möglich ist, der Rechtsnachteil aus der Beweislosigkeit den Antragsteller treffen müsse, wenn nicht zu erweisen ist, daß die von ihm behauptete Verwaltungsmaßnahme getroffen worden ist.

Im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG kann nicht der gewohnheitsrechtliche Satz "in dubio pro reo" in entsprechender An-

312) Vgl. OLG Hamburg - B. v. 30.10.1961 - VAs 42/61.

313) OLG Hamburg - B. v. 30.10.1961 - VAs 42/61.

wendung Geltung haben, wie dieser auch nicht im Beschwerdeverfahren der StPO Anwendung findet. Für das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG ergibt sich vielmehr die Notwendigkeit - etwa entsprechend der Lehre der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß -, die Folgen der Nichtbeweisbarkeit einer Tatsache demjenigen aufzuerlegen, der, wie ULE³¹⁴⁾ sagt, die objektive Beweislast trägt. Danach ist bei der Anfechtungsklage bzw. dem Anfechtungsantrag nach § 23 EGGVG der Antragsteller als objektiv beweispflichtig anzusehen für die Tatsachen, die seine Antragsberechtigung begründen, folglich dafür, daß eine Maßnahme vorliegt und diese ihn in seinen Rechten verletzt hat. Die Vollzugsbehörde ist objektiv beweispflichtig dafür, daß ein Sachverhalt vorgelegen hat, der die Voraussetzungen der Norm erfüllt, auf Grund derer die Maßnahme erlassen wurde.³¹⁵⁾

Daß der Antragsteller als beweispflichtig für das Vorliegen eines Verwaltungsakts angesehen werden muß, läßt sich schon daran erkennen, daß bei Bestreiten der Behörde, ein solcher liege vor, ein Verwaltungsakt fingiert und über ihn dann fiktiv geurteilt würde, denn der Antragsgegner kann nicht das Nichtvorliegen bzw. den Nichterlaß einer Maßnahme beweisen.

Ebenso ist bei einem Vornahmeantrag der Antragsteller objektiv beweispflichtig dafür, daß in seiner Person die Voraussetzungen vorliegen, die der gesetzliche Anspruch voraussetzt. Insofern ist dem OLG Hamburg (a.a.O.) zuzustimmen.

§ 35: Verfügungsgrundsatz

Unter Verfügungsgrundsatz versteht man die Möglichkeit der am Verfahren Beteiligten, über den Verfahrensgegenstand zu entscheiden und damit über das Verfahren als ganzes.³¹⁶⁾ Dieser Verfügungsgrundsatz gilt für das Beschwerdeverfahren. Er ist aber selbst bereits den §§ 23-30 EGGVG zu entnehmen: Antrag auf Eröffnung des Verfahrens (§ 23 EGGVG); Rücknahme des Antrags (§ 302 StPO, § 29 Abs. 2 EGGVG); Erledigungserklärung

314) ULE, S. 155.

315) Vgl. ULE, S. 156 f.; ders., DVBl. 1959/543; a.A. BVerwGE Bd. 3/245 f., das den Anfechtungskläger in der Regel als beweispflichtig ansieht.

316) Vgl. LÜKE in: JuS 1961/42.

im Falle des § 27 Abs. 2 S. 2 EGGVG; es wird auch als zulässig angesehen werden müssen, den Anfechtungsantrag abzuändern (analog § 91 VwGO), ebenso einen Vergleich zu schließen (analog § 106 VwGO), den Streit für erledigt zu erklären (über den Fall des § 27 Abs. 2 S. 2 EGGVG hinaus analog § 161 Abs. 2 VwGO) und den Antrag anzuerkennen.³¹⁷⁾ Schließlich darf das Gericht nicht über den Antrag hinausgehen (analog § 88 VwGO).

§ 26: Schriftlichkeit des Verfahrens

Das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG ist jedoch kein mündliches (im Gegensatz zum verwaltungsgerichtlichen, § 101 Abs. 1 VwGO). Das folgt über § 29 Abs. 2 EGGVG aus entsprechender Anwendung des § 309 Abs. 1 1. Halbs. StPO, wonach die Entscheidung über die Beschwerde somit über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergeht. Nicht einmal eine fakultative Anhörung ist vorgesehen.³¹⁸⁾ Zwar besitzt der Grundsatz der Mündlichkeit einer Verhandlung im Verwaltungsprozeß nicht die Bedeutung wie im Zivilprozeß. Das ergibt sich zwangsläufig aus dem den Verwaltungsprozeß beherrschenden Untersuchungsgrundsatz. Gleichwohl hat der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen die Mündlichkeit im Verfahren (wenigstens als Regel) anerkannt, und zwar aus dem Grund, weil im Gegensatz zu schriftsätzlichen Äußerungen der Beteiligten in einer mündlichen Verhandlung die Rechts- und Sachlage eingehend und klärend erörtert werden kann. Insoweit ergeben sich Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des § 309 Abs. 1 StPO gem. § 29 Abs. 2 EGGVG auf das Verfahren über einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Wenn schon das Verfahren nach der VwGO ein mündliches ist, obwohl gegen jedes Urteil ein Rechtsmittel zulässig ist, so müßte auch das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG mündlich sein. Es mag nur darauf hingewiesen sein, daß es sich bei den Strafgefangenen nicht immer um schreibgewandte Personen handelt, die

317) Vgl. ULE, S. 81; ders., § 107 Anm. 1.

318) RÖHL in: NJW 1960/415.

es sich außerdem oft nicht leisten können, einen Anwalt mit der Wahrung ihrer Interessen vor dem Strafsenat zu beauftragen. Wie leicht können sich aus diesem natürlichen Nachteil, in dem sich ein Strafgefangener befinden kann, erhebliche rechtliche Nachteile ergeben, die durch eine mündliche Erörterung mit dem Gefangenen vor dem Strafsenat gemindert werden könnten. Wenn im Verwaltungsprozeß die mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, obwohl die Richter in der Regel die tatsächlichen Verhältnisse, die einer Verfügung einer Behörde zugrundeliegen (wegen der bisher erforderlichen Verwaltungspraxis der Verwaltungsrichter) beurteilen können, um wieviel mehr muß der Grundsatz der Mündlichkeit gelten in einem Verfahren über Sachverhalte, über die die Mitglieder des Senats in der Regel überhaupt keine, höchstens jedoch geringe Erfahrung haben sammeln können. Solange folglich ein nicht mit im Strafvollzug erfahrenen Richtern besetzter Senat des Oberlandesgerichts über die Anträge nach § 23 EGGVG entscheidet, müßte dem Grundsatz der Mündlichkeit Folge geleistet werden.³¹⁹⁾

Es mag zugegeben sein, daß diese Folgerung unzweckmäßig ist, denn bei mündlicher Verhandlung vor dem Strafsenat müßten entweder die Gefangenen zum OLG gelangen oder der Strafsenat müßte in die Vollzugsanstalten gehen, um dort an Ort und Stelle mehrere Sachen zu verhandeln. Im Rahmen eines möglichst weitgehenden Rechtsschutzes sind diese Argumente aber nicht erheblich, denn aus wirtschaftlichen und Bequemlichkeitsgründen kann ein Rechtsschutz nicht verweigert werden.³²⁰⁾

§ 37: Grundsatz des rechtlichen Gehörs

Dieser Grundsatz ist durch Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet. Er ist durch Gewährung eines Anspruchs zum subjektiv öffentlichen Recht erhoben. Daneben ist jedoch Art. 103 Abs. 1 GG eine Verfahrensnorm mit Verfassungsrang.³²¹⁾

319) Vgl. zum Problem der Sachkunde GRUNAU in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 8 Erster Teil, S. 545; ders. in: ZStW Bd. 70/512; ROTTHAUS, in: Zeitschr. f. Str. Vollz. 1961/211.

320) Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht eingehender auf dieses Problem eingegangen werden.

321) MAUNZ-DÜRIG, Art. 103 Abs. I Rdn. 7 ff.

Art. 103 Abs. 1 GG bindet alle Gerichte, insoweit auch die Strafsenate im Verfahren nach den §§ 23ff. EGGVG. Inhalt des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG ist, daß jedem Verfahrensbeteiligten in einem gerichtlichen Verfahren Gelegenheit gegeben werden muß, sich zu allen einschlägigen Tat- und Rechtsfragen des konkreten Verfahrens, also auch zu dem Vorbringen des Gegners und zu dem Ergebnis einer evtl. stattgefundenen Beweisaufnahme, zu äußern und gehört zu werden.³²²⁾ Daß Art. 103 Abs. 1 GG auch für solche Verfahrensarten gilt, in denen der Untersuchungsgrundsatz herrscht, hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt.³²³⁾

Der Ausdruck "rechtliches Gehör" ist nicht wörtlich aufzufassen. Es genügt vielmehr in einem nicht mündlichen Verfahren, wenn den Beteiligten Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern.³²⁴⁾

Unter Art. 103 Abs. 1 GG fällt es auch, daß dem Beteiligten Gelegenheit gegeben werden muß, sich zu Rechtsansichten zu äußern, die der gerichtlichen Entscheidung zugrundegelegt werden sollen.³²⁵⁾

Unmittelbare Wirkung des Art. 103 Abs. 1 GG ist es aber auch, daß nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse Grundlage der Entscheidung sein können, zu denen dem Beteiligten Gelegenheit gegeben worden ist, Stellung zu nehmen.³²⁶⁾

Aus alledem folgt, daß nach Einreichung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung dieser erst einmal der Vollzugsbehörde zur Stellungnahme vorzulegen ist (falls diese nicht ohnehin schon im Rahmen eines Begleitvermerks zu dem Antrag Stellung genommen hat). Diese Stellungnahme ist sodann dem Antragsteller vorzu-

322) MAUNZ-DÜRIG, Art. 103 Abs. I Rdn. 28.

323) Vgl. u.a. BVerfG in JZ 1957/542.

324) ARNDT in: NJW 1959/6 ff.; PETERS in: JZ 1958/435 f. (Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 13.2.1958); ULE in: DVBl. 1959/541; WINTERFELD in: NJW 1961, S. 849 ff.

325) ULE, S. 84.

326) BVerfG in: JZ 1957/120 f.; vgl. ferner § 108 Abs. II VwGO.

legen und ihm Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Sollte der Antragsteller nicht von dieser Gelegenheit Gebrauch machen, so ist doch dem Art. 103 Abs. 1 GG Genüge getan, wenn er innerhalb einer angemessenen Zeit keine Stellung genommen hat.³²⁷⁾

§ 38: Grundsatz der freien Beweiswürdigung

Im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG gilt ebenso wie im gesamten Verfahren nach der StPO und somit auch für das Beschwerdeverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung des Gerichts. Dieser besagt, daß der Richter grundsätzlich an keine gesetzliche Regelung, ferner nicht an das Vorbringen oder die Beweisanträge der Beteiligten bei der Würdigung des Beweises gebunden ist,³²⁸⁾ sondern nach seiner freien Überzeugung entscheidet.³²⁹⁾

§ 39: Endgültigkeit der Entscheidung des Strafsenats (§ 29 Abs. 1 S. 1 EGGVG)

Gem. § 29 Abs. 1 S. 1 EGGVG ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts endgültig, d.h. im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG steht dem Betroffenen nur eine Instanz zur gerichtlichen Nachprüfung einer gegen ihn verhängten Maßnahme offen. Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Regelung ergeben sich daraus, daß in der Regel mindestens ein zweistufiges gerichtliches Verfahren vorgesehen ist. Das Bundesverfassungsgericht³³⁰⁾ hat zwar entschieden, daß das Rechtsstaatsprinzip nicht verletzt

327) Eine Heilung des Mangels des fehlenden rechtlichen Gehörs ist im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG wegen § 29 Abs. 1 S. 1 EGGVG nicht möglich, denn das OLG entscheidet endgültig. Es besteht also nicht die Möglichkeit, im Berufungsverfahren dem Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren.

328) PETERS, S. 237 f.

329) SCHUNCK-de CLERCK, § 108 Anm. 2c; vgl. ferner zur Frage der freien Beweiswürdigung: ULE, S. 84 f. HAUSEISEN in: NJW 1959/1348 ff.

330) BVerfGE Bd. 8 S. 174 ff., bes. S. 181 ff. = NJW 1958/2011 ff.

wird, wenn nur durch ein einstufiges gerichtliches Verfahren Rechtsschutz gewährt wird und folgert das aus Art. 19 Abs. 4 GG, der nur besage, daß von jemandem ein Gericht angerufen werden könne, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Auf jeden Fall genüge, so fährt das Bundesverfassungsgericht fort, die Entscheidung durch (nur) ein Gericht den rechtsstaatlichen Ansprüchen, wenn ein Verwaltungsverfahren vorangegangen ist, innerhalb dessen die Behörde Gewähr dafür bietet, daß sie ihre Entscheidung in Bindung an das Recht getroffen hat.

Das Bundesverfassungsgericht sieht ferner in dem nur einstufigen gerichtlichen Rechtsschutz keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn die Zuständigkeit und die Rechtsmittel von sachlichen Gesichtspunkten her für einzelne Fallgruppen verschieden geregelt werden. Es führt als Beispiel auf eine Unterscheidung vom Charakter der zu entscheidenden Rechtsfrage. Nur dann, wenn eine vom Gesetzgeber angeordnete Differenzierung durch sachlich einleuchtende Gründe nicht mehr getragen würde, müsse die gesetzliche Bestimmung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für nicht erklärt werden.

MAUNZ-DÜRIG ³³¹⁾ ist deshalb nicht zu folgen, wenn er die Auffassung vertritt, es fehle auf verfahrensrechtlichem Gebiet an einer verfassungsrechtlich zum Standard erhobenen Instanzenregelung, es fehle also an einem "tertium comparationis". Dieses ist nämlich im Bereich der §§ 23 ff. EGGVG gegeben, und zwar in Gestalt der VwGO, die ein mehrstufiges gerichtliches Rechtsschutzverfahren gewährt.

ULE ³³²⁾ hält die Einführung eines einstufigen (Verwaltungs-) Gerichtsverfahrens dann für unzulässig, wenn kein rechtsstaatlich ausgebautes Verwaltungsverfahren vorangegangen ist.

Selbst wenn man also ein einstufiges Gerichtsverfahren als zulässig erachtet, wenn ein rechtsstaatlich ausgebautes Verwal-

331) MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 46 (vgl. auch LÜKE in: JuS 1961/206, der aber nicht auf das Problem aus Art. 3 GG eingeht.).

332) ULE in: DVBl. 1959/544.

tungsverfahren vorangegangen ist (was in Bayern nicht der Fall ist, denn dort kann ohne Verwaltungsvorverfahren die Maßnahme direkt mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden), so ist die Zulässigkeit wegen Art. 3 GG nur dann zu bejahen, wenn sachlich einleuchtende Gründe eine ungleiche Behandlung rechtfertigen. Ob das der Fall ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden werden. Hinzuweisen ist aber auf die Entscheidung der Senate, die den Antrag auf gerichtliche Entscheidung der Anfechtungsklage im wesentlichen gleichstellen und somit indirekt eine Gleichheit zwischen Antrag auf gerichtliche Entscheidung und Anfechtungsklage schaffen. ³³³⁾

Nicht einzusehen ist die Argumentation ALTENHAINS, daß es sich bei Justizverwaltungsakten in der Regel um Entscheidungen handele, deren gerichtliche Nachprüfung einen längeren Zeitraum nicht verträge. Zum Vergleich sei verwiesen auf die Wehrbeschwerdeordnung.

VIII. Entscheidung des Strafsenats (§ 28 EGGVG)

§ 40: Entscheidung über den Anfechtungsantrag

Wenn die Maßnahme rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Oberlandesgericht die Maßnahme und im Fall, daß ein Beschwerdeverfahren (§ 24 Abs.2 EGGVG) stattgefunden hat, den Beschwerdebescheid auf (§ 28 Abs. 1 EGGVG). Diese Vorschrift entspricht dem § 113 Abs.1 VwGO,

Die Aufhebung der Maßnahme erfolgt jedoch nur, soweit sie rechtswidrig ist. Hieraus ist zu folgern, daß nur der fehlerhafte Teil des Verwaltungsaktes aufzuheben ist. ³³⁴⁾ Das kann jedoch dann nicht Platz greifen - die Maßnahme ist also insgesamt aufzuheben -, wenn die Rechtswidrigkeit des einen Teiles zwangsläufig die der ganzen Maßnahme zur Folge hat oder wenn anzunehmen ist, daß die Behörde die Maßnahme nicht ohne den fehlerhaften Teil erlassen hätte. ³³⁵⁾ Es ist folglich eine

333) Vergl. ferner GRUNAU, ZStW 70/512;

334) EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rd. 35;

335) SCHUNK-de CLERCK, § 113 Anm. 2a, bb;

Frage der tatsächlichen Würdigung, ob die einzelnen Teile der Maßnahme selbständig und somit aufhebbar oder unselbständig und insoweit nur mit der gesamten Maßnahme aufhebbar sind. Jedoch kann das Gericht nicht sein Ermessen an die Stelle der Vollzugsbehörde stellen. Insoweit muß man eher dazu neigen, daß die Vollzugsbehörde einen Akt nur als Gesamtkakt erlassen wollte, daß also im Zweifel die Fehlerhaftigkeit eines Teils der Maßnahme zur Aufhebung der gesamten Maßnahme führen muß, ³³⁶⁾ denn sonst besteht evtl. die Möglichkeit, daß das Gericht durch eine Teilaufhebung in den freien Ermessensbereich der Vollzugsbehörde eingreift. Das Gericht kann jedoch nur die Maßnahme ganz oder teilweise aufheben, nicht aber einen anderen Verwaltungsakt erlassen und den angefochtenen durch ihn ersetzen oder den angefochtenen Akt inhaltlich ändern.

Die gesetzliche Regelung der gleichzeitigen Aufhebung des Verwaltungsakts und des Beschwerdebescheids ist in Anlehnung an die herrschende Meinung und Rechtsprechung vor Erlass der VwGO erfolgt. Der Verwaltungsakt und der Beschwerdebescheid bilden eine Einheit, denn ein ablehnender Beschwerdebescheid, soweit er mit dem Ausspruch des Verwaltungsakts identisch ist, kann den Betroffenen nicht selbständig und erneut beschweren. ³³⁷⁾

Als Zeitpunkt, der für die Sachentscheidung maßgebend ist, ist beim Anfechtungsantrag der Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme anzusehen (herrschende Meinung). ³³⁸⁾

Hätte das Gericht eine Veränderung der Sach- und Rechtslage seit Erlass der Maßnahme zu berücksichtigen, so ginge eine Veränderung bei anfänglicher Rechtswidrigkeit u.U. zu Lasten des Antragstellers, bei anfänglicher Rechtmäßigkeit zu Lasten der Behörde. Außerdem würde das Gericht nicht entscheiden, ob die Behörde die Maßnahme erlassen durfte, sondern ob sie es dürfte. Darüber streiten die Beteiligten aber nicht, worauf ULE (a.a.O.) mit Recht hinweist.

336) KLINGER, § 113 Anm. B 2; KOEHLER, § 113 Anm. B X 2.

337) KOEHLER, § 113 Anm. B X 3.

338) EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 1; KOEHLER, § 113 Anm. B X 1a; ULE, § 108 Anm. III 1; BVerwGE 1/35; 2/55.

Außerdem ist fast einhellige Meinung, daß der maßgebende Zeitpunkt in den Fällen, in denen ein Beschwerdebescheid ergangen ist, der Zeitpunkt des Erlasses des Beschwerdebescheides ist. Das folgt aus der Anfechtbarkeit der Maßnahme in der Gestalt, die sie durch den Beschwerdebescheid erlangt hat. Nach Erlaß des Widerspruchbescheides ergangene Rechtsänderungen sind unbeachtlich.³³⁹⁾ Die Frage des maßgebenden Zeitpunkts für die Sachentscheidung bei Maßnahmen mit Dauerwirkung ist umstritten. Von einer herrschenden Meinung kann nicht gesprochen werden.³⁴⁰⁾

Es fragt sich, ob das Gericht sich bei der Entscheidung über die Anträge nach den §§ 23 ff. EGGVG Tatsachen und Rechtsgründe berücksichtigen kann, auf die die angefochtene Maßnahme nicht gestützt ist.³⁴¹⁾

Diese Frage beantwortet sich, ebenso wie im Verfahren nach der VwGO, daraus, daß eine Maßnahme nur dann aufgehoben wird, wenn sie rechtswidrig ist. Ob sie rechtswidrig ist, ermittelt das Gericht von Amtswegen (Untersuchungsgrundsatz). Das Gericht hat folglich alle tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte aufzuklären und zu berücksichtigen, auch wenn die Maßnahme nicht auf Grund dieser Punkte erlassen worden ist. Da aus dem Untersuchungsgrundsatz folgt, daß das Gericht von Amtswegen das objektive Recht zu erforschen hat, kann es nicht dadurch daran gehindert werden, daß die Vollzugsbehörde sich fehlerhaft verhalten hat, indem sie die Maßnahme nicht auf die Gründe stützte, die sie tatsächlich und rechtlich gestützt hätten, sondern auf andere, tatsächliche wie auch rechtliche nicht zutreffende Gründe.

Ein Nachschieben von Gründen ist auch nur dann möglich, wenn der Wesensgehalt der Maßnahme und ihr Ausspruch nicht geändert wird³⁴²⁾ und der Betroffene in seiner Rechtsverteidigung

339) BVerwG in: DVBL. 1956/790.

340) Vgl. dazu die bei KOEHLER, § 113 Anm. B X 1d zusammengestellte Rechtsprechung und Lehre.

341) Vgl. OLG Hamburg - B. v. 13.2.1961 - VAs 27/60.

342) Allgemeine Meinung: vgl.: EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn.15ff.; KLINGER, § 108 Anm. F; SCHUNCK-de CLERCK, § 108 Anm. 5a; BVerwGE Bd. 1, S. 12 u. S. 311; BVerwG in: NJW 1959/2033.

nicht beeinträchtigt wird. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß in der Regel, solange der Tenor der gleiche bleibt, die Maßnahme unverändert bleibt. Es ist allgemeine Meinung, daß aus diesen Gründen sowohl ein Nachschieben von Gründen seitens der Behörde möglich ist als auch, daß das Gericht von sich aus - das folgt zwingend aus dem Untersuchungsgrundsatz - Tatsachen und Rechtsgründe nachschieben kann, die die Maßnahme aufrecht erhaltbar machen. Allerdings geht die Befugnis des Gerichts nicht so weit, daß es sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vollzugsbehörde stellen kann. ³⁴³⁾

Der Betroffene darf jedoch durch das Nachschieben von Gründen nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt werden. Das folgt aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Wenn dem Betroffenen Gelegenheit gegeben worden ist, zu den neuen tatsächlichen und rechtlichen Gründen Stellung zu nehmen, ist er nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt.

§ 41: Entscheidung über den Verpflichtungsantrag
(§ 28 Abs. 2 EGGVG)

Im Falle der rechtswidrigen Ablehnung oder Unterlassung einer Maßnahme wird die beklagte Vollzugsbehörde verpflichtet, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Das Gericht nimmt folglich nicht die beantragte Amtshandlung selbst vor. Spruchreif ist eine Sache - wie bei der Entscheidung nach § 28 Abs. 1 S. 3 EGGVG -, wenn weitere Erhebungen nicht mehr erforderlich sind, um eine endgültige Entscheidung treffen zu können. ³⁴⁴⁾ Das OLG Hamburg ³⁴⁵⁾ verneint in einem Fall die Spruchreife, weil andere Gründe, die der Senat nicht zu übersehen vermochte, es rechtfertigen könnten, die Amtshandlung nicht vorzunehmen. Der allgemein geltende Untersuchungsgrundsatz verpflichtet jedoch das Gericht - wie bei

343) SCHUNCK-de CLERCK, § 108 Anm. 5 b.

344) Vgl. BAUMBACH-LAUTERBACH, § 28 EGGVG Anm. 3; EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 61.

345) B. v. 9.1.1961 - VAs 28/60.

der Entscheidung gem. § 28 Abs. 1 S. 3 EGGVG -, die Spruchreife herbeizuführen. ³⁴⁶⁾ Es ist folglich nicht eine Zurückverweisung an die Vollzugsbehörde möglich, weil der Sachverhalt nicht genügend aufgeklärt ist. ³⁴⁷⁾ Zu berücksichtigen bei der Entscheidung nach § 28 Abs. 2 S. 1 EGGVG ist jedoch immer, daß gem. § 28 Abs. 3 EGGVG das Gericht nicht befugt ist, sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vollzugsbehörde zu setzen. ²⁴⁸⁾ Eine Verpflichtung, dem Antragsteller gegenüber die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn die Amtshandlung nicht im Ermessen der Behörde liegt oder wenn das Ermessen nur noch in einer bestimmten Richtung ausgeübt werden kann. ³⁴⁹⁾ Fehlt die Spruchreife, so ist gem. § 28 Abs. 2 S. 2 EGGVG die Vollzugsbehörde zu verpflichten, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden. Überwiegende Ansicht ist, daß es nicht in den Tenor gehört, daß nach der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden ist. Der Tenor lautet vielmehr "den Antragsteller zu bescheiden". ³⁵⁰⁾

§ 42: Entscheidung bei dem Ausspruch, daß und wie ein bereits vollzogener Verwaltungsakt rückgängig zu machen ist

Dieser Ausspruch ist gem. § 28 Abs. 1 S. 3 EGGVG nur zulässig, wenn die Vollzugsbehörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif ist. Durch das Erfordernis "die Vollzugsbehörde muß in der Lage sein, den Verwaltungsakt rückgängig zu machen" soll gewährleistet werden, daß die Vollzugsbehörde nicht zu einem rechtlich oder tatsächlich unmöglichen Verhalten verpflichtet werden kann. ³⁵¹⁾ Ist jedoch die Rückgängigmachung

346) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 28 EGGVG Anm.3; EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 62; BVerwGE 7/100 ff., 106;

347) BVerwG in: NJW 1958/1456.

348) BVerwG in: NJW 1958/1890 und in: JZ 1959/543.

349) BVerwGE 4/283ff., 285; 5/50ff., 53; OVG Münster in: DVBl. 1958/659.

350) Vgl. dazu BAUMBACH-LAUTERBACH, § 28 EGGVG Anm.3; EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 64; OLG Hamm - B.v.7.8.1961 - 1 VAs 12/61 in: JVerwBl. 1961/262.

351) ULE, § 113 Anm. 2 a.E.

nicht zu verwirklichen, so kann das Gericht auf Antrag - auf den gegebenenfalls hinzuwirken ist ³⁵²⁾ - aussprechen, daß eine Ersatzmaßnahme getroffen wird, wenn dadurch die ursprüngliche rechtswidrige Maßnahme aufgehoben werden kann. ³⁵³⁾ Ist jedoch die Maßnahme auf keine Weise rückgängig zu machen, so ist der Antrag zurückzuweisen.

Spruchreif ist nach EYERMANN-FRÖHLER ³⁵⁴⁾ eine Sache dann, wenn weitere Erhebungen nicht mehr gepflogen werden müssen, um eine endgültige Entscheidung zu fällen. Das Gericht ist jedoch - das ergibt sich wiederum aus dem Untersuchungsgrundsatz - verpflichtet, die Spruchreife herbeizuführen. ³⁵⁵⁾

§ 43: Vorlegungspflicht (§ 29 Abs. 1 S. 2 EGGVG)

Die Pflicht, eine Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen, besteht, wenn ein Oberlandesgericht von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Die Vorlegungspflicht besteht jedoch nur für den Fall, daß die Entscheidung, von der es abweichen will, auf Grund des § 23 EGGVG ergangen ist. ³⁵⁶⁾ Nicht auf Grund des § 23 EGGVG ergangen sind folglich alle Entscheidungen, die vor dem 1.4.1960 getroffen worden sind. Daß auch bereits vorliegende abweichende Entscheidungen des Kammergerichts zur Vorlage verpflichten, ergibt sich aus § 194 VwGO, nach dem die VwGO, und somit auch § 179 VwGO im Land Berlin gelten. ³⁵⁷⁾ Da jedoch in § 29 Abs. 2 S. 2 EGGVG nur auf eine Entscheidung auf Grund des § 23 EGGVG und nicht auf Grund der

352) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 28 EGGVG Anm. 2 B.

353) WIECZOREK, § 28 EGGVG Bd. I a, a1.

354) EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 61.

355) EYERMANN-FRÖHLER, § 113 Rdn. 62; BVerwGE 7/100ff., 106.

356) Insofern bestand auch für das OLG Saarbrücken (B.v.20.9.60 - Ws 125/60) keine Vorlegungspflicht, obwohl es von der Entscheidung des OLG Düsseldorf (B.v.21.8.1959-1 Ws 179/59 - NJW 1960/1071) abwich, weil das OLG Düsseldorf nicht nach den §§ 23-30 EGGVG, sondern vor dem 1.4.1960 entschied (im übrigen auch nicht in Vollzugsangelegenheiten, sondern in Strafrechtsangelegenheiten).

357) i.V. mit dem Berliner Gesetz zur Übernahme der Verwaltungsgerichtsordnung vom 4.3.1960 (GVBl.S.207); vgl. auch BAUMBACH-LAUTERBACH, § 29 EGGVG Anm. 2.

§§ 23 ff. EGGVG verwiesen ist, besteht keine Vorlegungspflicht in den Fällen des § 26 Abs. 2-4 EGGVG (Entscheidungen über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), sowie im Falle des § 30 Abs. 2 S. 3 (Kostenfestsetzung) und § 30 Abs. 2 EGGVG (Geschäftswertfestsetzung). Ferner unterfällt nach dem Wortlaut des § 29 Abs. 1 S. 2 EGGVG nicht der Vorlegungspflicht die Entscheidung, durch die der Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unzulässig verworfen wird, weil diese Entscheidung nicht auf Grund des § 23, sondern auf Grund der §§ 24 ff. EGGVG ergeht. Eine Vorlegungspflicht besteht aber, wenn über die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme nach § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG entschieden wird, obwohl für diesen Fall nach dem Wortlaut des § 29 Abs. 1 S. 2 EGGVG auch keine Vorlegungspflicht normiert worden ist. Die Interessenlage des Antragstellers ist bei einer Entscheidung nach § 23 und einer nach § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG die gleiche, so daß hinsichtlich der Vorlegungspflicht keine Unterschiede bestehen können. Es scheint somit auf einem Versehen zu beruhen, daß § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG nicht in § 29 Abs. 1 S. 2 EGGVG erwähnt wird.³⁵⁸⁾

Der Bundesgerichtshof prüft nach, ob die Voraussetzungen einer Vorlage gegeben sind. Ist der BGH jedoch der Ansicht, es liege kein Fall einer Vorlegungspflicht vor, so wird die Sache an das OLG zurückverwiesen und dieses hat zu entscheiden.

Strittig ist jedoch, was unter "Entscheidung eines anderen OLG" zu verstehen ist, denn es sind durchaus die Fälle häufig, in denen gleichzeitig oder zeitlich nacheinander verschiedene Senate eines Oberlandesgerichts zur Entscheidung über Vollzugsmaßnahmen zuständig sein können. Während ein Teil der Lehre³⁵⁹⁾ § 121 Abs. 2 GVG nur anwenden will, wenn von der Entscheidung eines anderen OLG, nicht aber von der eines anderen Senats desselben OLG abgewichen werden soll, wendet ein anderer Teil den § 121 Abs. 2 GVG auch auf den letzteren Fall an (durch Umdeutung

358) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 29 EGGVG Anm. 2; WIECZOREK, § 29 EGGVG Anm. B;

359) Vergl. die Übersicht bei SCHMIDT, Teil III, § 121 GVG Rdn. 12 und LÖWE-ROSENBERG, 2. Band, § 121 GVG Anm. 16 d;

der Worte "eines anderen Oberlandesgerichts" in "andere oberlandesgerichtliche Entscheidungen"). Der letzteren Ansicht ist zu folgen. Die Vorlegungspflicht ist geschaffen worden zur Erhaltung, zumindest aber zur Festigung einer einheitlichen Rechtsprechung und somit zur Sicherung einer möglichst gleichen Behandlung der Rechtsmittelführer, hier der Antragsteller. Diese Absicht des Gesetzgebers würde, wenigstens teilweise, vereitelt, wenn nicht auch für den Fall eine Vorlegungspflicht bestünde, daß ein Senat von einer Entscheidung eines anderen Senats desselben Oberlandesgerichts abweichen will.

Eine Vorlegungspflicht besteht nur dann - insoweit sind die Grundsätze, die zu § 121 Abs. 2 GVG entwickelt worden sind, auch auf das Verfahren nach den §§ 23 ff EGGVG entsprechend anzuwenden ³⁶⁰⁾ -, wenn die neue Entscheidung auf einer rechtlichen Auffassung beruht, die von derjenigen Rechtsauffassung eines anderen OLG oder des BGH abweicht, auf der wiederum die Entscheidung dieser Gerichte beruht hat. ³⁶¹⁾ Voraussetzung ist also, daß die Entscheidung der Rechtsfrage für das Ergebnis von Erheblichkeit ist, daß also bei einer anderen Entscheidung der Rechtsfrage auch das Entscheidungsergebnis ein anderes wird. ³⁶²⁾

Der BGH entscheidet im Falle der begründeten Vorlage nicht nur über die zweifelhafte Rechtsfrage, sondern in vollem Umfang über den Antrag anstelle des Oberlandesgerichts. Dieses gebietet die Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens. ³⁶³⁾

XI. Kosten und Armenrecht

§ 44: Kostenentscheidung nach § 30 Abs. 1 und 2 EGGVG

Gem. § 30 Abs.1 S.1 EGGVG gelten für die Kosten des Verfahrens vor dem OLG (also auch vor dem Strafsenat) die Vorschriften der Kostenordnung ³⁶⁴⁾ entsprechend. Da gem. § 129 KostO Gesuche

³⁶⁰⁾ SCHMIDT, Erl. zu §§ 28, 29 EGGVG Rdn. 7;

³⁶¹⁾ SCHMIDT, (Teil III) § 121 GVG Rdn. 31.

³⁶²⁾ Vgl. LÖWE-ROSENBERG (2. Bd.) § 121 GVG Anm. 19; RGSt 45/254ff., 259.

³⁶³⁾ ALTENHAIN in: JVerwBl. 1960/196; STICH in: DÖV 1960/370.

³⁶⁴⁾ Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KostO) vom 25.11.1935 (RGBl. I S. 1371ff.) in der Fassung des Kostenänderungsgesetzes vom 26.7.1957 (BGBl. I S. 960 ff.)

und Anträge gebührenfrei aufgenommen werden, ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung dieser Bestimmung, daß die Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung, soweit er zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellt wird (§ 26 Abs. 1 EGGVG), gebührenfrei ist. (Wenn er schriftlich gestellt wird, ist er ohnehin gebührenfrei.)

Der Antrag selbst löst keine Gebühr aus. Das ergibt sich aus entsprechender Anwendung des § 131 Abs. 4 S. 3 KostO. Danach steht die Anrufung des Gerichts hinsichtlich der Gebühren nicht der Beschwerde gleich, wenn nach einem Verwaltungsverfahren der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt wird (§ 131 Abs. 4 S. 1 i.V. mit S. 3 KostO).

Sofern aber der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen wird, wird in Abweichung von § 130 KostO gem. § 30 Abs. 1 S. 2 EGGVG das Doppelte der vollen Gebühr erhoben. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unzulässig oder als unbegründet zurückgewiesen wird.³⁶⁵⁾ Ebenso ist in Abweichung zu § 130 KostO geregelt, daß im Falle der Zurücknahme des Antrags eine volle Gebühr erhoben wird (§ 30 Abs. 1 S. 2, 2. Halbsatz EGGVG). Die Rücknahme ist aber möglich, mindestens bis zur Entscheidung, d.h. eine Rücknahme kann nur erklärt werden, solange der Antrag nicht zurückgewiesen oder ihm stattgegeben worden ist. Nach LAUTERBACH³⁶⁶⁾ ist jedoch eine Zurücknahme ebenfalls möglich, solange die Entscheidung noch nicht bekannt gemacht worden ist. Ebenfalls ist dem § 30 Abs. 1 EGGVG bestimmt, daß die Gebührenbegrenzung auf einen Höchstbetrag von 60,-- DM (§ 130 Abs. 1 KostO) keine Anwendung findet auf das Verfahren über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach den §§ 23ff. EGGVG.

Sofern der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht zurückgenommen wird oder nicht zurückgewiesen wird, bleibt es bei der Regelung des § 130 Abs. 1 S. 2 KostO. Hiernach ist im übrigen

365) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 30 EGGVG Anm. 1.

366) LAUTERBACH, § 130 KostO Anm. 2d.

das Beschwerdeverfahren, und somit auch der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG gebührenfrei, wenn er erfolgreich ist. Des Zitates des § 16 KostO bedarf es insofern nicht. Wird im Falle des § 27 Abs. 2 S. 2 EGGVG die Hauptsache für erledigt erklärt, so ist wohl mit BAUMBACH-LAUTERBACH ³⁶⁷⁾ anzunehmen, daß in entsprechender Anwendung des § 130 Abs. 5 i.V. mit § 16 KostO von der Erhebung der Kosten abzusehen ist.

In Abs. 2 des § 30 EGGVG ist bestimmt, daß das OLG nach billigem Ermessen die außergerichtlichen Kosten ganz oder zum Teil als erstattungsfähig anerkennen kann. Die Vorschriften der §§ 91 Abs. 1 S. 2, 102-107 ZPO finden entsprechende Anwendung.

Nach § 91 Abs. 1 S. 2 ZPO wird auch die Entschädigung des Gegners für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis von der Kostenerstattung umfaßt. Wenn auch infolge der Schriftlichkeit des Verfahrens vor den Strafsenaten (§ 29 Abs. 2 EGGVG i.V. mit § 309 Abs. 1, 1. Halbs. StPO) nach dem Gesetz keine notwendige Wahrnehmung von Terminen denkbar ist, so kann doch der Strafsenat die Anhörung des Antragstellers anordnen, insbesondere unter Berücksichtigung der oben in § 26 aufgeführten Bedenken gegen den Grundsatz der Schriftlichkeit des Verfahrens.

Die Kosten, deren Erstattung begehrt wird, müssen jedoch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sein. Wenn der Antragsteller folglich einen Anwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt, obwohl im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG kein Anwaltszwang besteht, so muß die Bestellung eines Anwalts ebenfalls zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich gewesen sein. Das ergibt sich daraus, daß § 91 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht für entsprechend anwendbar erklärt worden ist.

Die Entscheidungen des OLG nach § 30 Abs. 1 und 2 EGGVG sind gem. § 30 Abs. 2 S. 3 EGGVG unanfechtbar.

367) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 27 EGGVG Anm. 3;

§ 45: Geschäftswertfestsetzung (§ 30 Abs. 3 EGGVG)

Durch unanfechtbaren Beschluß des OLG (§ 30 Abs. 3 S. 2 EGGVG) bestimmt dieses den Geschäftswert nach § 30 KostO. (§ 30 Abs. 3 S. 1 EGGVG).

In der Regel handelt es sich im Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG um nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten.³⁶⁸⁾ Dann greift über § 30 Abs. 3 EGGVG § 30 Abs. 2 und 3 KostO ein. Danach ist in Ermangelung genügender tatsächlicher Umstände für eine Schätzung als Geschäftswert regelmäßig ein solcher von 3.000,- DM festgesetzt worden. Je nach Lage des Falles kann aber der Geschäftswert auch zuweilen zwischen 200,- und 1.000.000,-DM festgesetzt werden.

Soweit der BGH nach § 29 EGGVG entscheidet, entscheidet er zugleich über die Kosten (§ 29 Abs. 3 EGGVG).³⁶⁹⁾

§ 46: Armenrecht (§ 29 Abs. 3 EGGVG)

Da bei der Annahme eines Geschäftswertes von 3.000,- DM die Verpflichtung zur Kostentragung eine wesentliche Belastung für einen Strafgefangenen darstellen kann und dieser sehr häufig eine solche Belastung nicht tragen kann, kommt der Armenrechtsbewilligung, die gem. § 29 Abs. 3 EGGVG entsprechend den Vorschriften der Zivilprozeßordnung vorzunehmen ist, eine besondere Bedeutung zu.³⁷⁰⁾ Bei Zurückweisung des Antrags wird nämlich gem. § 30 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. EGGVG die doppelte Gebühr erhoben. Bei einem Geschäftswert von 3.000,- DM ergeben sich nach der Gebührentabelle zu § 32 KostO als Kosten des Verfahrens eine Summe von 40,- DM. Selbst wenn man aber nur einen Geschäftswert von 200,- DM zugrundelegt, ergeben sich im Falle des § 30 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. EGGVG Kosten in Höhe von 10,- DM. Das sind jedoch für einen Strafgefangenen erhebliche Kosten. Der Gefangene wird folglich wegen des Risikos, die Ko-

368) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 30 EGGVG Anm. 3; RÖHL in: NJW 1960/416; SCHMIDT, § 30 EGGVG Anm. 2.

369) WIECZOREK, § 30 EGGVG Anm. A.

370) RÖHL in: NJW 1960/416; SCHMIDT, § 30 EGGVG Anm. 2.

sten tragen zu müssen, ein Armenrechtsgesuch stellen.

Die Bewilligung des Armenrechts bestimmt sich nach den §§ 114-127 ZPO. Nach dem Grundsatz des § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO ist einer armen Partei - das liegt bei einem Strafgefangenen in der Regel vor - das Armenrecht zu bewilligen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig ist.

Im Rahmen des Armenrechtsbewilligungsverfahrens wird also der gesamte Sachverhalt auf seine Erfolgsaussicht überprüft. Wenn auch hieraus gefolgert werden könnte, daß die meisten Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG im Armenrechtsbewilligungsverfahren erledigt werden, so ergibt die Praxis, daß weitaus die meisten Verfahren im ordentlichen Verfahren entschieden werden. Zwar ist der Prozentsatz der Armenrechtsgesuche im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG gegen Vollzugsmaßnahmen höher als in zivilrechtlichen Verfahren - das kann nach Prüfung von etwa 120 bisher ergangener Beschlüsse gesagt werden -, aber er ist doch geringer als man zunächst annahm.³⁷¹⁾

C.

§ 37: Schluß

Durch die §§ 23-30 EGGVG ist ein lang andauernder Streit über den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafvollzuges endgültig beendet worden.³⁷²⁾ Durch diese Bestimmungen ist der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung getragen worden in der Weise, wie sie von der herrschenden Meinung gefordert worden ist. Die Vorschriften der §§ 23 ff. EGGVG gewähren - und darin ist ihre wesentliche Bedeutung zu sehen - einen einheitlichen gerichtlichen Rechtsschutz gegen die sogenannten Justizverwaltungsakte und Maßnahmen der Vollzugsbehörden. Vor allem ist der uner-

371) Evtl. liegt das aber daran, daß es sich bei den Gefangenen noch nicht herumgesprochen hat, auf diesem einfachen und kostensparenden Wege eine Entscheidung erhalten zu können;

372) Vergl. dazu EYERMANN-FRÖHLER, § 40 Rdn. 98; REDEKER-von OERTZEN, § 179 Rdn. 2;

freuliche Zustand beseitigt worden, daß die ordentlichen Gerichte durch die Verwaltungsgerichte für zuständig erklärt worden waren, über Verwaltungssachen kraft Sachzusammenhangs zu entscheiden, und auch entschieden haben, ohne daß die Gerichtsverfassung der ordentlichen Gerichte ein Verfahren dafür vorsah. ³⁷³⁾

Das in den §§ 23 - 30 EGGVG geschaffene Verfahren wird zumindest als dem Verwaltungsstreitverfahren der VwGO ähnlich angesehen. ³⁷⁴⁾ STICH ³⁷⁵⁾ hält die Funktion der nach §§ 23 - 30 EGGVG zuständigen Senate der Oberlandesgerichte als besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit in Justizverwaltungssachen, während FORSTHOFF ³⁷⁶⁾ das Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG als dem verwaltungsgerichtlichen weitgehend angeglichen und es an einen Sonderfall des Verwaltungsstreitverfahrens ansieht.

Der Rechtsschutz nach den §§ 23 ff. EGGVG ist ein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz. Das zeigt deutlich die Gesetzessprache und die Voraussetzungen des Verfahrens der §§ 23 - 30 EGGVG, die z.T. inhaltlich, z.T. aber auch wörtlich mit den Vorschriften der VwGO übereinstimmen:

§ 23 Abs. 2 entspricht der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs.1 VwGO; der § 24 Abs. 1 dem § 42 Abs. 2 hinsichtlich der Klagebefugnis; § 25 Abs. 1 regelt die örtliche Zuständigkeit in Anlehnung an § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO; § 25 Abs. 2 entspricht dem § 3 Abs. 1 Nr. 4 VwGO, § 26 entspricht den §§ 74, 60 VwGO; § 28 den §§ 113, 114 VwGO hinsichtlich des Inhalts des Urteils und der Ermessensprüfung. Zwar führt § 24 Abs. 2 EGGVG kein neues

373) FORSTHOFF, S. 98.

374) ALTENHAIN, JVerwBl. 1960/197; RÖHL, NJW 1960/414; RUSCHE-WEYH in: DVBl. 1958/689; OLG Hamm - B. v. 24.2.1961 - 1 VerwS 4/60 in: JVerwBl. 1961/188; OLG Hamburg - B. v. 16.5.1961 - VAs 16/61 und B. v. 24.10.1961 - VAs 48/61 in: JVerwBl. 1962/18 f.

375) STICH in: DÖV 1960/371.

376) FORSTHOFF, 97.

Vorverfahren entsprechend den §§ 68-77 VwGO ein, hält jedoch die bestehenden förmlichen Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen der Justiz- oder Vollzugsbehörden als Antragsvoraussetzung (i.S. eines Vorverfahrens nach der VwGO) aufrecht.

Diese gleichartige Ausgestaltung der §§ 23-30 EGGVG und des Verfahrens nach der VwGO ist deswegen gerechtfertigt, weil es sich bei dem Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handelt, bei denen es nach NAUMANN³⁷⁷⁾ letzten Endes auf die Abwägung der Allgemeininteressen gegenüber den Individualinteressen ankommt, sei es, daß der einzelne Eingriff der öffentlichen Gewalt von seiner Privatsphäre abzuwehren sucht, sei es, daß er Leistungen der öffentlichen Gewalt für sich begehrt.

An der Tatsache, daß das Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach der VwGO nachgebildet ist, ändert auch nicht, daß der Gesetzgeber für das Verfahren vor den Senaten in Zivilsachen die Vorschriften über das Beschwerdeverfahren nach dem FGG, in Strafsachen die Beschwerdevorschriften der StPO für entsprechend anwendbar erklärt hat. Zunächst betrifft § 29 Abs. 2 EGGVG nur Verfahrensvorschriften, nicht dagegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen. Zum andern finden nur wenige Vorschriften, und zwar die §§ 300, 302, 307, 308 Abs. 2, 309 StPO Anwendung.

Das Verfahren nach den §§ 23-30 EGGVG ist auch gerechtfertigt aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Es kann daher RUSCHEWEYH³⁷⁸⁾ nicht zugestimmt werden, der die Ansicht vertritt, für die Maßnahmen im Strafvollzug passe das gerichtsförmige Verfahren des Verwaltungsgerichtsprozesses nicht. Er führt dazu aus: Es widerspricht der besonderen Lage im Strafvollzug, daß sich die Vollzugsbehörde als Partei (wohl besser Beteiligter: der Verfasser) des Verwaltungsgerichtsverfahrens dem klagenden Strafgefangenen gegenüber rechtfertigen muß.

377) NAUMANN, S. 23.

378) RUSCHEWEYH in: DVBl. 1958/691.

Macht man mit der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG Ernst, so kann es keine Rechtssubjekte minderer Qualität geben. Es gibt zwar Rechtssubjekte, deren Rechte (durch besondere Gewaltverhältnisse) eingeschränkt sind. Diesen Rechtssubjekten muß aber immer nach Art. 19 Abs. 4 GG Gelegenheit gegeben werden, diese verminderte oder geschwächte Rechtsposition gegenüber unrechtmäßigen Eingriffen zu schützen, indem sie ein Gericht zur Nachprüfung anrufen können. Es bedeutet einen Rückschritt, wenn man den Gefangenen nunmehr wieder nicht nur als Rechtssubjekt mit eingeschränkten Rechten, sondern auch mit vermindertem Rechtsschutz ansieht.

Durch die Einführung der §§ 23 - 30 EGGVG ist den Senaten der Oberlandesgerichte eine große Aufgabe erwachsen. Sie betreten nicht nur für sie rechtliches Neuland, sondern sie müssen sich auch mit einer Materie befassen, mit der sie in ihrer bisherigen Tätigkeit sich nicht auseinanderzusetzen brauchten. Sie müssen sich mit Problemen des Verwaltungsrechts und auch des Verwaltungsprozeßrechts eingehend befassen und werden somit zur Entwicklung dieser Rechtsgebiete beitragen. Daß hieraus eine Bereicherung der Verwaltungsrechtswissenschaft ³⁷⁹⁾ auf der einen Seite, auf der anderen Seite aber auch eine Beeinflussung der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte eintreten wird, z.B. in den Fällen, in denen eine Inzidentfeststellung verwaltungsrechtlicher Vorfragen erforderlich ist, ist zu erwarten.

Die Strafsenate werden, das kann nach Durcharbeitung von etwa 120 Beschlüssen der verschiedenen Oberlandesgerichte in Strafvollzugssachen seit Inkrafttreten der VwGO gesagt werden, der Aufgabe, dem Strafgefangenen einen umfassenden Rechtsschutz zu gewähren, gerecht werden können. Es ist erklärlich, daß zunächst Schwierigkeiten auftreten, die entweder auf rechtlichem Gebiet (so z.B. bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe) oder organisatorischem Gebiet (Nicht-Nachkommen der Vorle-

379) So STICH in: DÖV 1960/369.

gungspflicht gem. § 29 Abs. 1 S. 2 EGGVG, weil es an einer Verpflichtung zum Austausch der gefällten Entscheidung zwischen den verschiedenen Oberlandesgerichten gemangelt hat und z.T. noch mangelt, sofern dieser Austausch nur auf Absprachen beruht). Das sind jedoch keine wesentlichen Einwendungen gegen den in § 23 ff. EGGVG gewährten Rechtsschutz und gegen das dort vorgeschriebene Verfahren.

Der Gesetzgeber wollte durch die §§ 23-30 EGGVG keine abschließende Regelung schaffen,³⁸⁰⁾ sondern vielmehr nur Grundzüge festlegen, die bei den in den Spezialgesetzen einzeln festzulegenden Rechtsschutzmöglichkeiten aber zu berücksichtigen sind und in ihren Grundzügen auch zu übernehmen sind.

Sie werden folglich in einem zukünftigen Strafvollzugsgesetz aufgenommen werden.

Ein Strafvollzugsgesetz ist jedoch unbedingt erforderlich, vor allem um die Unklarheiten (subjektives öffentliches Recht, förmliches Beschwerdeverfahren) zu beseitigen, die durch den Sonderverordnungscharakter der vorläufigen Strafvollzugsordnungen bestehen.

Dem Strafgefangenen ist durch die §§ 23-30 EGGVG ein Rechtsschutz gewährt worden, der dem Rechtsstaatsprinzip entspricht, dessen wesentliche Aufgabe, nämlich die Gewährung von Rechtsschutz gegen staatliche Eingriffe, durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet werden soll.

380) Vgl. KLINGER, § 179 Anm. zu § 23 EGGVG.

Lebenslauf

Am 7. Juli 1935 wurde ich, Manfred Kussmann, in Münster (Westf.) als Sohn des Steueramtmanns Hermann Kussmann und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Korfage geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Grundschulen in Münster, Hamburg-Berne, Riesenbeck und Reit im Winkl bestand ich 1946 die Aufnahmeprüfung am Gymnasium Dionysianum zu Rheine. Seit 1947 war ich Schüler des Konrad-Schlaun-Gymnasiums zu Münster. An dieser Schule legte ich am 28. Februar 1955 die Reifeprüfung ab.

Vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1958 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster Rechtswissenschaften.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 2. Mai 1959 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm und die zweite juristische Staatsprüfung am 22. April 1963 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

